Der Ausschluß der Wahl
zwischen
Wandelung und Minderung
durch Urteilspruch.

Auf rechtshistorischer Grundlage dargestellt.

Ein Beitrag zur Lehre der Gewährleistungsansprüche.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Felix Albert Radlauer
Referendar.

Mannheim.
Mannheimer Vereinsdruckerei.
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0169

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis . . . . . VII–IX

Einleitung.

§ 1. Herleitung der Streitfrage 1
§ 2. Die Streitfrage im heutigen Recht . . . 5
§ 3. Die Analogie der römischen Rechtssätze . . 6
§ 4. Plan der Erörterung der Frage . . . 7

1. Hauptteil: Die Entscheidung der Frage nach römischem Recht.

§ 5. Die ädilizischen Klagen 8
§ 6. Die Entscheidung in L. 25 § 1 Dig. *de exc. rei iud.* 44, 2 12
§ 7. Die Begründung des Julian 13
§ 8. Die Wirkung des Urteils als Rechtskraftwirkung 15
§ 9. Die Wirkung der Klagenkonkurrenz . . . 24
§ 10. Erläuterung der Entscheidung 25
§ 11. Die Fortbildung der in der Entscheidung liegenden Grundsätze im gemeinen und im preußischen Recht 26

2. Hauptteil: Die Behandlung der Frage nach heutigem Recht.

§ 12. Die rechtliche Natur des Wandelungs- und Minderungsanspruches 28
§ 13. Die Wirkung der Rechtskraft 32
§ 14. Die Wirkung der Vollziehung 35
§ 15. Die Wirkung der Konkurrenz der Ansprüche . 36
§ 16. Die Entscheidung des RG. 42

Abschluß der Erörterung.

§ 17. Umgrenzung des Ergebnisses 44
§ 18. Zusammenfassen des Resultates 46

Literaturverzeichnis.

Ansorg, Die Konstruktion von Wandelung und Minderung im BGB. Diss. Straßburg 1907.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Leipzig 1884 f.

Beith, Die Redhibition des gemeinen Rechtes und die Wandelung des BGB. usw. Erlangen. Diss.

Bekker, Die prozessuale Konsumtion im klassischen römischen Recht. Berlin 1853.

v. Bethmann Hollweg, Der Zivilprozeß im gemeinen Recht in geschichtlicher Entwickelung. Bonn 1864 f.

Binder, Zur Lehre von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Diss. Würzburg 1878.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II. Aufl. Erlangen 1876 f.

Brodtmann, Vom Stoffe des Rechtes. 1897.

Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis. 1846.

Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1900.

v. Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils, ArchZivPrax. Bd. 83.

Corpus juris civilis, rec. Kriegel. Leipzig 1865 f.

— rec. Mommsen. Berlin 1870.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900 f.

Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft. 1892.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Halle 1904 f.

— Pandekten. 7. Aufl. Berlin 1902 f.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängeln der Sache nach dem BGB., in GruchotsBeitr. Bd. 43.

Eck, Beitrag zur Lehre von den aed. Klagen, in Berliner Festgabe für Beseler.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängeln der Sache beim Kauf nach dem Rechte des BGB. Diss. Greifswald 1900.

Eisele, Abhandlung zum römischen Zivilprozeß. Erlangen 1889.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht. 4. Aufl. Breslau 1903.

— Der Zivilprozeß. Geschichte und System. Breslau 1899 f.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. II. Aufl. Marburg 1901.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Berlin 1888. 2. Lesung Berlin 1896, Bundesratsvorlage 1898.

Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit. Breslau 1892.

— Lehrbuch des preuß. Privatrechtes. Berlin 1887.

— Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889.

— Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 1889.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. München 1908.
Fitting, Der Reichszivilprozeß. 13. Aufl. Berlin 1908.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede, in GruchotsBeitr. Band 44.
Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.
Foerster-Engelmann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1908.
Friedenthal, Wandlung und Minderung seitens des Bürgen. JW. 1908.
Freudenstein, Die Rechtskraft nach der RZPO. und ihre Wirkungen auf die subjektiven Rechte. Hannover 1884.
Gai, Institutiones. Krueger und Studemund. 3. Aufl. Berlin 1891.
Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. Tübingen 1906 f.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.
Hanauseck, Die Haftung des Verkäufers für Beschaffenheit der Ware, nach röm. und gem. Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. 1883 f.
Haßlacher, Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach gem. Recht und dem Rechte des BGB. Diss. Erlangen 1897.
Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruches, in GruchotsBeitr. Bd. 56.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1903 f.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.
Jörs, Das römische Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie. Berlin 1901.
Keller, Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, herausgegeben von Wach. 1883.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1903.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Berlin 1906.
Krüger, Prozessuale Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. Leipzig 1864.
Kuhlenbeck, Das BGB. f. d. D. R. nebst den Einf.-Ges. II. Aufl. Berlin 1903 f.
Kuttner, Privatrechtliche Nebenwirkungen des Urteils. Berlin 1908.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.
Lenel, Das *Edictum Perpetuum.* 2. Aufl. Leipzig 1907.
Leonhard, Die Replik des Prozeßgewinns *(replica rei secundum sese iudicatae)*, in Breslauer Festschrift für Dahn. Bd. 2.
Lobe, Die Vorschriften des Deutschen BGB. über die Wandelung und ihre prakt. Bed. SächsArch. Bd. 9.
Lynke, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im römischen und heutigen Recht. Diss. 1908.
Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, herausgegeben von Hahn. Berlin 1880 f.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Berlin 1899 f.
Mayer, Anspruch und Rechtskraft. 1896.
Mendelssohn Bartholdy, Die Grenzen der Rechtskraft. Berlin 1900.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Mühlenbruch, Pandekten.

Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. Berlin 1905.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 3. Aufl. Berlin 1906.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Pernice. Labeo.
Pippo. Die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers usw. Diss. Jena 1906.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Nördlingen 1887 f.
— Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1903.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB. für das Deutsche Reich. Herausg. von Achilles, Gebhardt und Dr. Spahn. Berlin 1898.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1876.
Ratz, Die erweiterte Rechtskraft. Diss. Heidelberg.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Rümelin, Zur Lehre von der *exceptio rei judicatae.*
v. Savigny, Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1852 f.
— System des heutigen römischen Rechtes. Berlin 1840 f.
Schmidt, Die Klageänderung. (Die Aenderungen des Zivilprozesses nach den Novellen des Jahres 1898.)
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1898.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. Bd. 2. München 1900.
Schröder, Zur Lehre von den Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln der Kaufsache nach dem BGB. Diss. Halle 1903.
Seuffert, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. München 1905.
Skonietzki-Gelpcke, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Berlin 1911.
Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl. Berlin 1906/07.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 5. u. 6. Aufl. München 1910.
Stein, Ueber die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen nach den neuen österr. Ges. 1897.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.
Steinitz, Voraussetzung der Wandelung und Minderung. Diss. Breslau 1901.
Thiele, Vollziehung der Wandelung und Minderung, ArchZivPrax. Bd. 93.
Unger, System des österr. allg. Privatrechtes. 4. Aufl. 1894.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1868 f.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1. Bd. Leipzig 1885.
Wach-Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft. 1899.
Wächter, Erörterungen aus dem römischen Privatrecht. Bd. 1—3.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 5. Aufl. Stuttgart 1879.
— Die *actio* des römischen Zivilrechtes vom Standpunkt des heutigen Rechtes. Düsseldorf 1856.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wolf, Die Redhibition des gemeinen Rechtes usw. Diss. Rostock 1905.

Einleitung.

§ 1.

Das erkennbare Bestreben, in den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nur privatrechtliche Materien zu regeln und jede öffentlich-rechtliche und damit auch jede prozeßrechtliche Norm zu vermeiden, ist nicht immer von wohltätigem Einfluß gewesen.

Wohl hat man so bewußt im Gegensatz zum römischen Recht, dessen Grundsätze sonst vielfach als Vorlage gedient haben, eine strenge Scheidung zwischen Privat- und Prozeßrecht durchgeführt, in der richtigen Erkenntnis, daß die „Befugnis seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung geltend zu machen" —, wie man treffend die *actio* des römischen Rechtes definiert hat,[1]) — nicht der einzige und nicht der hauptsächlichste Ausfluß eines Rechtes sei. So war es wohl auch folgerichtig, wenn der Gesetzgeber überall, wo im Gesetze über die Verwirklichung der Ansprüche Bestimmungen zu treffen waren, nur ihre außergerichtliche Geltendmachung berücksichtigte und die Regelung der prozessualen Seite des Privatrechtes als prozeßrechtliche Materie der Prozeßordnung überließ.[2])

Allein man durfte darum nicht außer Acht lassen, daß die scheinbar rein privatrechtlichen Sätze über die Rechtsverwirklichung, dadurch daß man ihre analoge Anwendung im Prozeß vorschrieb, auch eine prozeßrechtliche Bedeutung erlangten. Und man mußte demnach darauf bedacht sein, wo immer die besondere Struktur der Privatrechtsbestimmungen eine solche Analogie nicht zuließ, zum mindesten in der Prozeßordnung besondere Vorschriften zu erlassen.

Daß man diese Notwendigkeit nicht stets berücksichtigte, hat, wo es versäumt ward, zu erheblichen Schwierigkeiten bei der prozessualen Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche

---

[1]) Windscheid, Die *actio* usw. S. 3.

[2]) Mot. 1 357.

geführt. Dafür bieten uns die zahlreichen Streitfragen aus dem Gebiete der Gewährleistungsansprüche des Käufers und mit ihnen die hier zur Erörterung gestellte Frage ein markantes Beispiel.

Wohl wiederholte man in jenen Bestimmungen die Vorschriften des römischen Rechtes, indem man dem Käufer bei Mängeln der gekauften Sache das Recht gab, Wandelung, d. i. Rückgängigmachung des Kaufes oder Minderung, d. i. Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen. Allein für die Geltendmachung, für die „Vollziehung" dieser Ansprüche konnte man die römisch-rechtlichen Grundsätze deshalb nicht unverändert übernehmen, weil dort mit den entsprechenden „*actiones aediliciae*" gemäß der Natur der *actio* nur eine klagweise Verfolgung der Ansprüche vorgesehen war. So konnte es kommen, daß man im Bestreben, eine außergerichtliche Vollziehung der Wandelung und Minderung zu ermöglichen, für diese in § 465 BGB. eine Form schuf, die wieder für die Wandelungs- und Minderungsklage nicht verwendbar ist, ja gar nicht beabsichtigt erscheint. Denn hier ergeben sich, wie wir unten sehen werden, bei einer analogen Anwendung des § 465 BGB. für die prozessuale Geltendmachung des Wandelungs- und Minderungsanspruches derart widersinnige Konsequenzen, daß r. A. nur der Ausweg bleibt, die Norm des § 465 BGB., soweit sie die Form der Vollziehung bestimmt, für rein privatrechtlich zu erklären und für die Form der Klage aus dem Sinne des Gesetzes in anderer Weise Rat zu erholen. Daß so die scheinbar unüberwindlichen Schwierigkeiten befriedigend gelöst werden können, werden wir noch zu erwähnen haben; hier gilt es, aus dieser Lösung eine Folgerung zu ziehen, die eine weitere „Lücke des Gesetzes" aufzudecken scheint.

Die Bestimmung des § 465 BGB., die, wie erwähnt, einseitig die rein privatrechtliche Geltendmachung des Wandelungs- und Minderungsanspruches berücksichtigt, enthält zugleich die Normen für die alternative Konkurrenz der beiden Ansprüche. Trotz der etwas unklaren Fassung dieses Paragraphen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß nach ihm an die „Vollziehung" des einen der beiden Ansprüche der Untergang des anderen geknüpft ist.

Diese Bestimmung des § 465 BGB. in völlig analoger Weise auf die Vollziehung der Wandelung und Minderung im Prozesse anzuwenden, hat man bisher kein Bedenken getragen.

Ist es aber konsequent, wenn wir oben in Zweifel gezogen haben, daß § 465 BGB. andere als rein privatrechtliche Materien regeln soll, hier eine analoge Anwendung auf die prozessuale Seite der Ansprüche als im Sinne des Gesetzes zu erachten? Wir werden jedenfalls die Möglichkeit ins Auge fassen müssen, daß auch hier nur die außergerichtliche Verwirklichung der Ansprüche berücksichtigt sei, und diese Vermutung wird zum Verdacht, wenn wir uns klar machen, daß ein wichtiger Faktor neben der Vollziehung nicht erwähnt ist, scheinbar weil er nicht allein dem Privatrecht angehört, das rechtskräftige Urteil.

Bei näherer Prüfung erscheint es uns durchaus nicht undenkbar, daß im Prozeß dem Urteil über einen der beiden Ansprüche eine ähnliche oder die gleiche Bedeutung zuzubilligen sei wie der Vollziehung außerhalb des Prozesses, d. i. der Ausschluß des nicht geltend gemachten Anspruches.

Wohl verstanden: dem Urteile als solchem, nicht auf Grund einer dem Urteile an sich fremden Rechtswirkung.

Wie nahe hier eine Verwechselung liegt, zeigt das folgende Beispiel:

Auf Grund des rechtskräftigen Urteils, das auf Wandelung erkannt hat, erscheint der Kaufvertrag aufgehoben und eine spätere Minderung auf Grund dieses Kaufes unmöglich gemacht.

Hieraus scheint die der „Vollziehung“ des § 465 BGB. analoge Wirkung des Urteils zweifellos hervorzugehen, mit Unrecht.

Der Ausschluß des Minderungsanspruches ist im obigen Falle nicht eine Wirkung des Urteils als solchem, sondern nichts als eine Folge der Vollziehung der Wandelung, die hier konstitutiv in dem Urteile enthalten ist. Wir erkennen dies deutlich, wenn wir statt des verurteilenden das abweisende Erkenntnis ins Auge fassen oder statt der Wandelung die durch Urteil erkannte oder abgelehnte Minderung. In diesen Fällen ist nicht ohne weiteres klar, daß das Urteil über Wandelung oder Minderung den konkurrierenden Anspruch ausschließen muß.

Welche Wirkung des Urteils hier allein in Frage kommt, zeigt uns ein Blick auf § 465 BGB. Dort wird der Untergang des nicht geltend gemachten Anspruches geknüpft an die Tatsache, daß die Wandelung oder Minderung vollzogen ist, wir hätten dementsprechend, die Richtigkeit unserer Vermutung vorausgesetzt, von einer Wirkung des Urteils als „rechtlich erheb-

liche Tatsache“[3]) zu sprechen, eine Wirkung, die also nicht vom Inhalt, sondern nur von dem Vorhandensein des Urteils abhängt.

Können wir eine solche Wirkung des Urteils möglich erscheinen lassen.

Daß das Gesetz an der Stelle, an der es die Konkurrenz des Wandelungs- und Minderungsanspruches regelt, d. i. in § 465 BGB., den entscheidenden Einfluß des Urteils neben dem der Vollziehung nicht erwähnt, kann nicht als unserer Vermutung entgegenstehend betrachtet werden. Ist doch, wie schon berührt, h. A. die Bestimmung des § 465 für den Prozeß nur in sehr freier Analogie zu verwenden. Danach könnten wir wohl an die Stelle der Vollziehung im Prozeß das rechtskräftige Urteil setzen, sofern dies nämlich dem Sinne des Gesetzes entspricht, und eine ausdrückliche gegenteilige Bestimmung des Gesetzes nicht auffindbar ist.

Ehe wir aber daran gehen, die „Lücke in den Gesetzesvorschriften“, die wir hier aufzudecken scheinen, dem Sinne des Gesetzes entsprechend auszufüllen, bleibt zu bedenken, daß sich das Stillschweigen des Gesetzes auch in anderer Weise erklären kann. Wir haben uns zu fragen, ob denn überhaupt das Bedürfnis besteht, hier eine Wirkung des Urteils als rechtserhebliche Tatsache zu konstruieren, ob nicht vielleicht das Urteil schon auf Grund ihm durch andere Gesetzesbestimmungen beigelegter Rechtswirkungen den Ausschluß des nicht geltend gemachten Gewährleistungsanspruches herbeiführt. Als solche Rechtswirkung kommt in Betracht: die Rechtskraft und eine konstitutiv im Urteil enthaltene Wirkung.

In erster Linie fragt es sich, ob nicht durch die Wirkung der Rechtskraft des Urteils über Wandelung oder Minderung die Klage aus dem konkurrierenden Anspruch unmöglich oder ergebnislos gemacht wird.

Weiter bedarf der Berücksichtigung, daß, wie erwähnt, das Urteil über Wandelung oder Minderung konstitutiv die Vollziehung des Anspruches enthalten kann. Daß diese Wirkung aber nicht mit der hier angenommenen Wirkung des Urteils zusammenfällt, ist leicht erweislich.

[3]) Also eine von den privatrechtlichen Nebenwirkungen des Urteils, die Kuttner in seiner gleichnamigen Schrift behandelt. Die hier in Rede stehende Urteilswirkung finden wir von ihm nicht berücksichtigt.

Erst wenn wir diese beiden Fragen untersucht und gefunden haben, daß weder die Rechtskraft noch eine andere konstitutiv im Urteil liegende Rechtswirkung die hier vorgesehene Wirkung herbeiführt, können wir untersuchen, ob wir auf Grund einer sinngemäßen Anwendung des § 465 BGB. im Prozesse die für die außergerichtliche Vollziehung vorgesehene Wirkung im Prozesse dem Urteile beizulegen haben.

§ 2.

Suchen wir in der umfangreichen Literatur des modernen Bürgerlichen Rechtes nach einer Behandlung unserer Frage, so finden wir sie in der so überaus reichen Literatur der Gewährleistungsansprüche nirgends eingehender geprüft und stets verneint. Doch, was bei der praktischen Bedeutung der Frage noch erstaunlicher ist, auch die Rechtsprechung des RG. weist bis 1910 keine Erörterung der vorliegenden Streitfrage auf.

In einer Entscheidung[4]) wird allerdings die Frage berührt und dahin entschieden, daß auch nach Abweisung der Minderungsklage noch auf Wandelung geklagt werden kann. Aber diese Entscheidung ist nach der vorliegenden Veröffentlichung nur ganz nebenbei und ohne jede ausführliche Erörterung gefällt.

Eine eingehendere Untersuchung liegt erst einem 1910 gefällten bisher unveröffentlichten Urteil des V. Zivilsenates zugrunde. Hier wird die obenangeführte Entscheidung des gleichen Senates aufrecht erhalten und näher begründet.

Diese Beurteilung seitens des höchsten Gerichtes wird eingehend geprüft werden. Als Grundlage für unsere — überdies ohne Kenntnis jener Entscheidung begonnenen — Untersuchungen taugt sie schon darum nicht, weil hier ein von den Ausführungen des RG. abweichender Ausgangspunkt zu wählen ist. Das RG. betrachtet die Frage allein auf der Grundlage des modernen Rechtes, ohne Eingehen auf die Geschichte der angesprochenen Gesetzesbestimmungen. U. E. ist, wenn je, so hier die Berücksichtigung der rechtsgeschichtlichen Entwickelung der anzuziehenden Normen zu ihrem rechten Verständnis und zur richtigen Beantwortung der Streitfrage unerläßlich.

---

[4]) V. ZS. in JW. 07 708 und RG. 66 335.

§ 3.

Bei Anwendung dieser Methode zeigt sich bald eine Handhabe für die Lösung unserer Frage.

Der Umstand, daß man bei Schöpfung der hier in Betracht kommenden Normen Grundsätze des römischen Rechtes zum Muster genommen hat, macht bei der Unzulänglichkeit der Gesetzesbestimmungen ein Zurückgreifen auf das römische Recht unerläßlich. Bei näherer Prüfung finden wir, daß die gleiche Frage einer Wechselwirkung zwischen den entsprechenden Klagen im römischen Rechte erörtert und entschieden ist, und zwar in dem Sinne, daß das Urteil (bzw. die *litiscontestatio)* über den einen Anspruch den anderen ausschließe.

Ob diese Wirkung eine Folge der privatrechtlichen Bestimmungen über die Klagen oder der prozeßrechtlichen[5]) über die schon den Römern bekannte Rechtskraft des Urteils ist, vermögen wir freilich ohne nähere Untersuchung schon darum nicht zu entscheiden, weil eine scharfe Trennung zwischen diesen beiden Rechtsgebieten im römischen Recht nicht durchgeführt ist. So müßte auch die Behandlung der Frage nach römischem Recht eine eingehende Untersuchung notwendig machen.

Trotzdem können wir sie nicht entbehren.

Wir müssen uns vor Augen halten, daß das römische Recht für die ihm entlehnten Rechtsinstitute des heutigen Rechtes nicht allein die historische, sondern auch die dogmatische Grundlage bildet. Nicht allein das Verständnis für die Rechtsbegriffe des modernen Rechtes wird durch die Kenntnis ihres Ursprunges erleichtert. Dort, wo die Bestimmungen unseres Gesetzes eine Rechtsunsicherheit bestehen lassen, werden wir zurückgehen dürfen auch auf die römisch-rechtlichen Grundsätze, soweit diese als wesentliche Bestandteile der übernommenen Rechtsinstitute „von ihnen nicht getrennt werden können, ohne sie an ihrem Wesen zu verändern". In solchem Falle liegt die Anwendung des römisch-rechtlichen Satzes auch heute noch im Sinne des Ge-

[5]) Daß die Rechtssätze über die Rechtskraft, obwohl an dem Grenzgebiet zwischen Prozeß- nud Privatrecht stehend, in der Tat prozeßrechtlicher Natur sind, vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 11 ff.; Struckmann-Koch ad §§ 322–28; Gaupp-Stein § 322 I. 1. Man hat dies bei Schöpfung des BGB. anfangs verkannt und im 1. Entwurfe in § 191 die Bestimmungen über die Rechtskraft des Urteils in das BGB. aufgenommen.

setzes, wenn aus dessen Bestimmungen klar hervorgeht, daß man hier nichts anderes hat schaffen wollen als das getreue Abbild des im alten Recht vorgefundenen Rechtsinstitutes. Daß wir bei solcher auf die Lücken der Gesetzesbestimmungen beschränkten Anwendung des römischen Rechtes, die für uns sehr wohl in Betracht kommen kann, die Fortbildung der römisch-rechtlichen Vorschriften im gemeinen oder preußischen Recht zu berücksichtigen haben, ist evident. Daß wir diese Sätze nur *mutatis mutandis* als heute noch geltend behandeln können und nur dann, wenn sie nicht modern-rechtlichen Grundsätzen zuwiderlaufen, ist ein Satz, der dem gewissenhaften Interpreten des römischen Rechtes schon zwingend erschien, als er es noch als Gesetzesrecht zur Anwendung bringen mußte.

§ 4.

Damit ist nicht nur die Frage selbst, sondern auch der Weg, den wir zu ihrer Lösung zu gehen haben, festgelegt.

Wir haben zunächst im römischen Rechte die Grundlagen der Frage, den genauen Inhalt ihrer Entscheidung und die Grundsätze, auf denen die Entscheidung beruht, zu betrachten, schließlich die Fortbildung der Rechtssätze im gemeinen und preußischen Recht.

Im zweiten Teil werden wir die für das römische Recht gewonnenen Ergebnisse zur Erkenntnis des Wesens der Gewährleistungsansprüche des modernen Rechtes verwenden und untersuchen, ob wir zum gleichen Resultate gelangen können unter Berücksichtigung der Wirkung der Rechtskraft sowie der Vollziehung von Wandelung und Minderung oder, falls das versagt, unter analoger Anwendung der römisch-rechtlichen Sätze.

1. Hauptteil.

Die Beantwortung der Frage nach römischem Recht.

§ 5.[1])

Daß wir das Urbild des Wandelungs- und Minderungsanspruches in der *actio redhibitoria* und der *actio quanti minoris* des ädilizischen Ediktes finden, brauchen uns nicht erst die Materialien des Gesetzes zu lehren.[2]) Eine oberflächliche Betrachtung genügt, um eine Reihe von Merkmalen aufzufinden, die eine fast völlige Uebereinstimmung der entsprechenden Normen in den beiden Rechtssystemen erkennen lassen.

Freilich, daß die *actiones aediliciae* dem gleichen Zweck, d. i. der Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe dienten und auf das gleiche Ziel, Rückgängigmachung des Kaufes bzw. Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet waren[3]) wie die Ansprüche aus § 462 BGB., ist allein noch kein Beweis für ihre Analogie, denn darin haben wir nicht die eigentlichen Merkmale der ädilizischen Ansprüche zu erblicken. Wegen eines Mangels der Kaufsache konnte im römischen Rechte der Käufer Wandelung und Minderung auch erreichen, wenn er mit der Kaufklage, der *actio emti* klagte.[4]) Allein aus einem Vergleich dieser verschiedenen Rechtsbehelfe ergibt sich, daß man in den Bestimmungen des § 462 BGB. die *actio emti* in dieser Funktion nicht im Auge gehabt hat. Denn der Käufer, der mit der Kaufklage auf Wandelung oder Minderung klagte, hatte nachzuweisen, daß gerade darauf sein Interesse gehe und ihm die Wandelung oder Minderung *ex fide bona* gebühre, ein Nachweis, der bei den ädilizischen Klagen ebensowenig erforderlich war als er heute

[1]) Dig. *de aed. ed.* 21, 1.

[2]) Motive 2 92, 93, 224, 227 usw.

[3]) L. 1 § 1 l. 38 pr. Dig. h. t.

[4]) L. 11 § 3 Dig. de AEV. 19, 1; ferner L. 11 § 5, L. 13 Pr. § 1 eod. Hanauseck a. a. O. 1 55 f.; Bechmann a. a. O. 3 175 f.; Windscheid, Pand. § 393 Anm. 1.

zur Begründung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches gehört. Und wie heute nach § 472 I BGB. der Minderungsanspruch, so ging die *actio quanti minoris* auf die Herabsetzung des Kaufpreises um den objektiven Minderwert,[5]) nicht wie die *actio emti* um das Interesse.

So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wir in der *actio quanti minoris* und *actio rehibitoria* den modernrechtlichen Ansprüchen analoge Objekte unserer Untersuchung gefunden haben, wenn anders, wie wir bereits vorweg nahmen, auch das Verhältnis, in dem die beiden Klagen zu einander standen, das nämliche ist. Die Antwort auf diese Frage wird uns eine kurze Betrachtung über das Wesen der ädilizischen Klagen lehren, die ohnehin vor Eintritt in die Untersuchung der Hauptfrage unerläßlich erscheint.

Der Mangel der Rücksichtnahme auf das Interesse des Käufers und die *bona fides* des Verkäufers,[6]) die rein objektive Feststellung der Ersatzsumme bei der Minderung, deren bereits Erwähnung geschehen ist, sowie die Möglichkeit[7]) einer *in duplum condemnatio,* die uns für die *actio rehibitoria* verbürgt scheint:[8]) alles deutet darauf hin, daß die Klagen jedenfalls ursprünglich nicht Kontrakts- sondern Deliktsklagen gewesen sind.[9]) Und diese Annahme finden wir durch die Entstehungsgeschichte bestätigt.

In der Tat sind die beiden *actiones* ursprünglich der Ausfluß von Marktpolizeiverordnungen.[10])

Die *aediles curules,* deren Amt in Ausübung der Marktaufsicht und entsprechender richterlicher Funktionen bestand,[11]) hatten in den Marktregeln zunächst für den Sklaven- und Viehmarkt dem Verkäufer vorgeschrieben, alle vorhandenen Mängel des Kaufgegenstandes kenntlich zu machen oder dem Käufer anzuzeigen und besondere Eigenschaften nicht leichtsinnig zu

---

[5]) Allerdings finden wir in einzelnen Fragmenten eine „subjektivere Färbung" (Hellwig, ACP. 59 33 ff.), der *actio quanti minoris,* die aber auf einer singulären Ansicht Julians zu beruhen scheint; s. a. Hanauseck a. a. O. 1 130; L. 32 § 1; L. 21 § 2; L. 13 pr. § 1 Dig. XIX 1.

[6]) L. 38 pr. § 13 h. t., L. 25 § 1 Dig. *de exc. rei iud.* 44,2.

[7]) Nicht Notwendigkeit s. u. Anm. 22.

[8]) L. 45 Dig. h. t.

[9]) L. 23 § 4, L. 1 § 8, L. 51 pr. Dig. h. t.; a. A. Pernice a. a. O. S. 456 8.

[10]) Bechmann a. a. O. 1 396 f.; 3 (2) 116 f., 110.

[11]) v. Bethmann Hollweg a. a. O. 1 39; 2 50.

versprechen.[12]) Die Verletzung dieser recht strengen Vorschriften, deren Zweck es war, den Käufer vor den üblichen betrügerischen Manipulationen der Sklaven- und Viehhändler[13]) zu schützen, dürfte ursprünglich strafrechtlich geahndet worden sein. An die Stelle der Popularklage aber trat später, ganz dem Charakter des römischen Rechtes gemäß, die Privatklage des verletzten Käufers, und der pönale Charakter dieses Rechtsbehelfes blieb nur insoweit erkennbar, als dem Käufer die Wahl gelassen wurde, auf Wandlung oder Minderung zu klagen. Allerdings ist es nicht unzweifelhaft, ob dem Käufer von vornherein zwei Klagen zur Verfügung gestellt waren.

Im Sklavenedikte finden wir nur die *actio redhibitoria*,[14]) erst in dem jedenfalls jüngeren[15]) Jumentedikt,[16]) der „Viehmarktsordnung", sind beide Klagen nebeneinander erwähnt.

So war eine Konkurrenz der *actiones aediliciae* jedenfalls schon im älteren Marktverkehr möglich. Allein hier dürfte eine sich daraus etwa ergebende Schwierigkeit durch Eingreifen des Marktbeamten willkürlich behoben worden sein.

Diese Möglichkeit fiel fort, als die ädilizischen Klagen unter Ausdehnung auf „*ceterae res*"[17]) über den Amtskreis der Aedilen hinaus Geltung erlangten. Die ursprünglich nur für einzelne Zweige des Markthandels bestimmten Vorschriften scheinen sich sehr bewährt zu haben, was sich jedenfalls damit erklärt, daß sie dem Bedürfnis des Handelsverkehrs nach klaren, wenn auch weniger eleganten Rechtsvorschriften und schneller, sicherer Rechtshilfe entgegenkamen. So hat man sie bald allenthalben auch außerhalb des Marktverkehrs zur Anwendung bringen wollen, und der Prätor hat jedenfalls diese Entwickelung sanktioniert, indem er das ädilizische Edikt als Anhang des prätorischen publizierte und so die ädilizischen Klagen wohl als summarische

[12]) L. 1 § 1, L. 38 pr. Dig. h. t.

[13]) „*id genus hominum*"; L. 1 § 2, L. 44 § 1 Dig. h. t. Noch heute ist ja der Stand der Viehhändler nicht frei von minderwertigen Elementen. Das mit dem Vertriebe lebender Ware verbundene große Risiko schreckt die soliden Elemente der Kaufmannschaft zumeist zurück, während die Möglichkeit, den Vertragsgegner leicht zu übervorteilen, schlechtere Elemente anlockt.

[14]) L. 1 § 1 Dig. h. t.

[15]) Vgl. Bechmann a. a. O. 1 397. Noch Cicero (*de off.* III 17 § 71) scheint nur das Sklavenedikt zu kennen.

[16]) L. 38 pr. Dig. h. t.

[17]) L. 1 pr. L. 48 § 6 L. 49, L. 63 Dig. h. t., L. 4 Cod. 4, 58.

Rechtsbehelfe[18]) der zivilrechtlichen Kaufklage zur Seite stellte. Der Rechtszustand ist daher seit der klassischen Periode, in der diese Uebernahme jedenfalls vollendet war, der folgende.[19])

Der Verkäufer haftete dem Käufer für die Abwesenheit eines jeden körperlichen Mangels *(vitium)* und für das Vorhandensein derjenigen Eigenschaften, die er der Kaufsache ausdrücklich beigelegt hatte. Daneben hatte er dem Käufer auf Verlangen in einer *stipulatio* die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich zu versprechen.[20]) Beide ädilizischen Klagen waren demnach begründet durch den Nachweis eines körperlichen Mangels, der Abwesenheit einer zugesicherten Eigenschaft oder der Verweigerung der Garantiestipulation seitens des Verkäufers.

Mit der *actio redhibitoria*, die binnen 6 Monaten anzustellen war, erreichte der Käufer, daß der Verkäufer mittelst *pronuntiatio* verurteilt wurde, nach Rückerhalt der Kaufsache den Kaufpreis zurückzuerstatten evtl. dem Käufer die noch bestehende Kaufpreisschuld zu erlassen, wodurch der Kauf aufgehoben wurde.[21]) Kam der Verkäufer dieser Aufforderung nicht nach, so wurde er zur Zahlung der doppelten Kaufpreissumme verurteilt.[22]) Die *actio quanti minoris* mußte innerhalb eines Jahres angestellt werden und brachte dem obsiegenden Käufer einen Teil des Kaufpreises zurück, der dem Minderwert der Kaufsache entsprach und durch *aestimatio* (daher auch *actio aestimatoria)* festgestellt wurde.[23]) Hier lag im Falle der Verweigerung der Garantiestipulation ein abschätzbarer körperlicher Mangel nicht

[18]) Aehnlich dem modernen Urkunden- und Wechselprozeß; vgl. Bechmann a. a. O. 3 117.

[19]) Vgl. Winscheid, Pand. § 393 f; Dernburg, Pand. § 100 f.; L. 1 § 1, L. 38 pr. Dig. h. t. usw.

[20]) L. 28, 31, 32, 37 § 1 Dig. *de evict.* 21, 2.

[21]) *„inemtum facere"; „in integrum quasi restitutio"* L. 27 § 7 Dig. h. t.; Bechmann a. a. O. 3 118; Hanauseck a. a. O. 1 134.

[22]) Lenel, Ed. Perp. S. 531; Hanauseck a. a. O. 3 143, vertreten die Ansicht, die *actio redhibitoria* ginge stets auf das Duplum, so daß der Verkäufer zur Restitution und außerdem noch zur Zahlung des Kaufpreises zu verurteilen war. Diese von Bechmann a. a. O. 1 404, 3 (2) 136 und Eck, Berliner Festgabe für Beseler S. 29 f., mit gewichtigen Gründen widerlegte Ansicht ist u. E. überhaupt nur haltbar, wenn man auch der *actio quanti minoris* die gleiche pönale *in duplum condemnatio* zubilligte, die indessen nirgends erwiesen ist. Denn andernfalls könnte von einer Konkurrenz der ädilizischen Klagen überhaupt keine Rede sein.

[23]) Bechmann a. a. O. 3 (2) 163.

vor, der Kaufpreis war in solchem Falle um das Interesse des Käufers zu mindern.[24])[25])

Wir finden also wie im heutigen Recht in § 462 BGB. dem Käufer zwei Klagen zur Wahl gestellt. Daß sich daraus eine Wechselwirkung ergeben mußte, ist augenscheinlich, und es läßt sich so eine gesetzliche Regelung der Frage vermuten.

§ 6.

Das Quellenmaterial, das wir demnach in erster Linie befragen, gibt uns denn auch eine Handhabe in L. 25 § 1 Dig. *de exc. rei. iud.*[26]) Hier wird auf die elektive Konkurrenz[27]) der beiden Klagen ausdrücklich hingewiesen und entschieden:

„quare vere dicetur eum, qui alterultra earum egerit, si altera postea agat, exceptione rei iudicatae summoveri“,

d. h. das Urteil über die eine der beiden *actiones aediliciae* schließt die prozessuale Geltendmachung der anderen dauernd aus. Diese Wirkung scheint nur die prozessuale Seite der nichtangestrengten *actio* zu treffen, vernichtet aber in Wirklichkeit nach den unten zu erläuternden Grundsätzen des römischen Rechtes die *actio* völlig. Wir können daher die Entscheidung dahin formulieren: die prozessuale Geltendmachung des einen Anspruches vernichtet den andern.

Wie diese Wirkung herbeigeführt ist, darüber besagt dieser Satz nur, daß sie auf dem Urteil bzw. der *litis contestatio* beruht, denn darauf deutet die Verwendung der *exceptio rei iudicatae*. Welche Wirkung des Urteils hier in Frage kommt, ist damit noch nicht ausgedrückt, so daß wir aus obigem Satz allein die

---

[24]) L. 28 Dig. h. t. Hier eine besondere Klage zu konstruieren, wie Hanauseck a. a. O. 1 34 will, liegt nicht die geringste Veranlassung vor.

[25]) Die *exceptio in factum*, die dem redhibitionsberechtigten Käufer gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers zustand (L. 59 Dig. h. t.), kommt hier nicht in Betracht, da wir es hier mit einem prätorischen auf *bona fides* gegründeten Rechtsinstitut zu tun haben, das mit der Einrede des § 478 BGB. in keinem äußeren oder inneren Zusammenhang steht; vgl. auch Bechmann a. a. O. 3 (2) 206 f.; Brinz a. a. O. S. 730; Hanauseck a. a. O. 2 309; v. Bülow a. a. O. leugnet das Bestehen einer besonderen *exceptio* für diesen Fall im justinianischen Recht.

[26]) Dig. 44, 2.

[27]) Es sei hier der Kürze halber der Ausdruck Konkurrenz in etwas weiterem Sinne gebraucht, obwohl von einer „Klagekonkurrenz“ im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein kann (Windscheid, *actio* S. 33), da die Klagen im ausschließenden Verhältnisse stehen; vgl. v. Savigny, Syst. 5 257.

Entscheidung entnehmen können. Denn daß dieser Satz in voller Allgemeinheit aufzufassen ist, wenigstens, soweit seine Aufnahme in die justinianische Kompilation in Frage kommt, setzt die ganz allgemeine Fassung u. E. außer Zweifel.

Ob freilich Julian, aus dessen Digestenwerk diese Stelle entnommen ist, sie in dieser Allgemeinheit aufgefaßt hat, kann zweifelhaft erscheinen, wenn wir die Begründung seiner Entscheidung ins Auge fassen.[28])

§ 7.

Der vollständige Text des Fragmentes lautet:[29])

„*Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur: quanti minoris homo, cum veniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit; quare vere dicetur eum, qui alterultra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri.*"

Der Käufer habe innerhalb 6 Monaten die Wahl, mit der *actio redhibitoria* oder der *actio quanti minoris* zu klagen. Denn auch die letztere enthalte eine Redhibition, wenn der gekaufte Sklave derart minderwertig sei, daß der Käufer ihn gar nicht gekauft hätte. Deshalb stehe auch dem Käufer, wenn er nach Aburteilung der einen von den beiden Klagen noch die zweite anstrenge, die *exceptio rei iudicatae* entgegen.

In diesem Zusammenhang bekommt die Entscheidung des Julian notwendig ein anderes Bild. Enthielte das Fragment nur den ersten und den dritten Satz, m. a. W. würde die Beseitigung der zweiten *actio* lediglich aus dem Umstande gefolgert, daß der Käufer zwischen beiden Klagen die Wahl habe, so stände der Aufrechterhaltung der Entscheidung des Julian in vollem Umfange nichts entgegen. Doch der zweite Satz:

„*nam et posterior actio redhibitionem continet*"

deutet darauf hin, daß Julian auf die Gleichheit des Klage-

---

[28]) Ueber die Auslegung dieser Stelle begegnen wir in der Literatur den widerstreitendsten Ansichten. Eine ausführliche Exegese fehlt bisher völlig; vgl. v. Savigny, System 6 257; Windscheid, Pand. § 130, 2 Anm. 2; Krüger a. a. O. S. 213; Bekker a. a. O. S. 116; Wächter a. a. O. S. 116.

[29]) Die Interpunktionen folgen der Kriegelschen Ausgabe. Mommsen läßt das Komma hinter *emtoris* fort und ersetzt das Kolon hinter *fuerit* durch einen Punkt, ohne daß diese Aenderungen u. E. zu leichterer Verständlichkeit der Stelle beitragen.

begehrens in den beiden *actiones aediliciae* das Hauptgewicht gelegt und hieraus *(quare)* erst auf eine Wechselwirkung zwischen den Klagen geschlossen habe.

Nun ist uns allerdings verbürgt, daß auch die *actio quanti minoris* auf Redhibition gerichtet sein kann,[30]) allein ganz ausnahmsweise, wenn der gekaufte Gegenstand dem Käufer, ohne ihm von Nutzen zu sein, „nur zur Last fällt", z. B. der kranke Sklave mehr an Unterhalt kostet als er leistet.[31])

Daß aber Julian aus diesem Ausnahmefall einen ganz allgemeinen Satz über die Wechselwirkung zwischen den ädilizischen Klagen habe herleiten wollen, muß doch erheblichem Zweifel unterliegen. Eher scheint mir vielmehr die Annahme möglich, daß der Jurist bei Abgabe des in unserm Fragment enthaltenen Votums einen konkreten Fall im Auge hatte und auch für diesen nur die Entscheidung berechnet haben dürfte. Diese Annahme liegt umso näher, als wir nur so die eigenartige Struktur des Fragments zu verstehen vermögen. Denn die Begründung des Satzes, daß dem Kläger zwei Klagen zur Verfügung gestellt sind, mit dem gleichen Ziel der beiden Klagen erscheint sonst ganz unverständlich. U. E. haben wir hier die Behandlung eines proponierten Falles, bei dem der Käufer nachträglich an der Kaufsache einen Mangel entdeckt, der ihn vom Kaufe zurückgehalten hätte. In solchem Falle, bemerkt Julian, ist es ganz gleichgültig, ob der Käufer redhibitorisch oder nur auf Minderung klage, denn auch die letztere führt — nach der singulären Ansicht des Julian[32]) — in solchem Falle zur Redhibition des Kaufes. Und deshalb steht, so schließt der Jurist, wenn eine dieser Klagen angestrengt sei, der andern der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Inwieweit dieser letztere Schluß, der, wie wir jetzt deutlich erkennen, offenbar auf die Wirkung der Rechtskraft hinzielt, berechtigt ist, muß eine nähere Untersuchung lehren. Für die Bedeutung des Fragmentes für unsere Frage scheint mir hieraus hervorzugehen, daß die Begründung des Julian, schon weil wir nicht wissen, ob er seiner Entscheidung den hier angenommenen Um-

[30]) L. 13 § 6 Dig. h. t.

[31]) *ne expedit quidem;* vgl. Mühlenbruch 2 § 401 Anm. 8; die Ansicht, daß schon ein nahezu wertloses Kaufobjekt auch bei der *aestimatoria* zur Restitution führt (z. B. Hanauseck 1 128), kann sich auf die Quellen nicht stützen.

[32]) Vgl. L. 32 § 1, 2, L. 13 pr. Dig. XIX, 1 s. o. S. 9 Anm. 5.

fang überhaupt beilegen wollte, uns nicht hindern kann, die Frage für das römische Recht selbständig zu untersuchen.

§ 8.

Wenn wir in der Folge von der Wirkung des Urteils im römischen Rechte, d. i. der *res iudicata,*[33]) reden, so dürfen wir uns darüber nicht im Unklaren bleiben, daß die Rechtsfolgen, die wir an den Erlaß des Urteils knüpfen, zum Teil schon mit der förmlichen Einleitung des Prozesses der *litis contestatio* eintraten. Allein es wäre ein Irrtum, wenn wir hierin eine von der Wirkung des eigentlichen Urteils, der *condemnatio* oder *pronuntiatio,* verschiedene Wirksamkeit des Prozeßbeginnes erblicken wollten. Vielmehr ist diese Wirkung nichts als eine antizipierte Wirkung des Urteils. Der Prozeß von der *litis contestatio* bis zum Urteil erschien den Römern als einheitlicher Akt,[34]) die *actio.* Der Anspruch war seit der *litis contestatio* in Aburteilung begriffen *(in iudicium deductum),* so daß das Urteil, soweit nicht sein Inhalt in Betracht kam, als bereits vorhanden galt.[35])

Als Begründung für den aus dem angezogenen Fragment entnommenen Rechtssatz kommt zunächst die Wirkung der Rechtskraft,[36]) d. i. der *res iudicata* des römischen Rechtes in

---

[33]) Daß die Römer eine besondere Bezeichnung für die Rechtskraft nicht kennen und nur von der Wirkung des Urteils reden, erklärt sich historisch damit, daß das ältere römische Recht einen Instanzenweg nicht kannte, der Eintritt der Rechtswirkungen also nicht vom Ablauf einer Rechtsmittelfrist abhängig war, bis zu dem das Urteil noch ohne Rechtswirkung d. h. ohne (sog. formale) Rechtskraft war. Da somit jedes Urteil Rechtskraft hatte, wäre eine Bezeichnung rechtskräftiges Urteil ein Pleonasmus gewesen. Als später (z. Zt. d. Aug.) ein Instanzenzug eingerichtet ward, war der Ausdruck *res iudicata* bereits technisch geworden. Bethmann Hollweg a. a. O. 2 630; v. Savigny, Syst. 6 287, 291 ff.; Windscheid, Pand. 1 127 Anm. 1. Daß diese Ungenauigkeit umsoweniger ins Gewicht fiel, als schon das Vorhandensein eines noch schwebenden Prozesses ähnliche Wirkungen wie das Urteil erzielte, hat v. Savigny treffend erkannt.

[34]) v. Savigny, Syst. 6 4.

[35]) Beweis hierfür ist das Zusammenfassen der wahrscheinlich ursprünglich getrennten *exceptio rei iudicatae* und *rei in iudicium deductae* (Lenel, *Edict. perp.* § 275).

[36]) Dig. *de exc. rei. iud.* 44 2.

Betracht. Schon daß Julian, der „Allergrößten einer“,[37]) seine Entscheidung mit dieser Wirkung des Urteils zu erklären scheint, macht es notwendig, die Frage in erster Linie, und zwar eingehender zu prüfen, wenn anders wir, wie bereits angedeutet, seiner Entscheidung nicht kritiklos folgen wollen.

Ehe wir aber an eine Festlegung des Wesens und der Wirkung der Rechtskraft gehen können, bleibt noch eine Vorfrage zu berücksichtigen. Können wir überhaupt im römischen Rechte von dem Vorhandensein einer Rechtskraft des Urteils, d. h. einer Wirkung als Entscheidung einer Rechtsfrage sprechen. Das muß allerdings für das ältere Recht verneint werden. Dort hat das Urteil bzw. die *litis contestatio* lediglich eine konstitutive rechtsverwirklichende oder rechtsaufhebende Wirkung. Allein im späteren römischen Rechte finden wir in der Tat daneben eine Wirkung des Urteils als Entscheidung eben jene Wirkung, die der heutigen Rechtskraftwirkung entspricht, was schon daraus hervorgeht, daß das moderne Rechtsinstitut jenem römischen nachgebildet ist. Doch auch die ältere „konstitutive“ Wirkung des Urteils dürfen wir wohl, wie es auch üblich ist, aus historischen Gründen als die Rechtskraftwirkung bezeichnen, umsomehr als wir darin die Grundlage erblicken können, auf der sich das spätere Rechtsinstitut gebildet hat.

Damit haben wir schon den Punkt berührt, der es uns unerläßlich macht, bei der Bestimmung des Wesens der Rechtskraft ein wenig weiter auszuholen. In der *res iudicata* des späteren römischen Rechtes nämlich erkennen wir noch ganz deutlich die Umrisse eines alten, ganz anders gearteten Rechtsinstituts,[38]) das zu einem neuen umgewandelt ist, ohne, von einzelnen Erweiterungen abgesehen, in seiner äußeren Gestalt verändert zu sein. Dieser altrömische Kern der *res iudicata* ist nichts als die sog. konsumierende Wirkung des Prozesses im römischen Rechte,[39]) die sich ursprünglich mit Notwendigkeit aus dem Charakter jenes Rechtes ergeben mußte, und, als sich dieser Charakter wandelte, zum Rechtsinstitut erstarrt bestehen blieb.

Bis tief in die Zeit der römischen Republik hinein war in Theorie und Praxis der römischen Rechtswissenschaft die Ueberzeugung herrschend, daß das Recht nicht anders verwirklicht

---

[37]) Jörs a. a. O. S. 86.
[38]) Savigny a. a. O. 6 266.
[39]) Gai, Inst. III., IV. § 104.

werden könne als im Prozesse, daß das Recht der Bürger weniger darauf gerichtet sei, eine Leistung zu fordern, als auf diese Leistung zu klagen. Diese eigenartige Anschauung vermögen wir nur mit einem Hinweis auf den Rechtszustand der ältesten Periode der Republik zu erklären, der uns zugleich auch das Alter dieser Rechtskraftwirkung zeigt.[40])

Die Rechtssätze waren in jener ältesten Periode der Republik allein dem Priesterkollegium der *pontifices* bekannt, und diese allein wußten auch die Formeln, mit denen die Parteien ihren Anspruch in förmlicher Verhandlung behaupten und zurückweisen mußten, wie es das Gesetz vorschrieb *(lege agere)*. Der Bürger mußte sich also, da er sein Recht nicht kannte, wenn er glaubte etwas fordern zu dürfen, an die *pontifices* wenden mit der Frage, ob ihm das Gesetz die Möglichkeit gab, seinen Anspruch in eine *legis actio* zu fassen und damit zu verwirklichen. Da so der Masse des Volkes die Rechtsregeln verborgen blieben und nur die Formel selbst sichtbar wurde, war es natürlich, daß man von der Erteilung einer *legis actio* auf das Vorhandensein eines Rechtsanspruches zurückschloß und dort, wo keine *legis actio* vorhanden war, auch das Bestehen eines Rechtes leugnete.

Da aber nach altem Brauch auf Grund ein und desselben Rechtsbegehrens eine zweite *legis actio* nicht erteilt wurde, *bis de eadem re ne sit (legis-) actio*,[41]) so war mit dem Anstellen der *legis actio* der Anspruch erloschen. Er konnte also nur gerichtet sein, so schloß man, auf die Befugnis im Prozesse zu klagen, so daß man von einer der heutigen Wirkung der „Erfüllung“ ähnlichen Konsumtionswirkung der Klage auf den Klageanspruch, die *actio*,[42]) reden konnte.

Diese Vernichtung der *actio* durch Klage ist als die eigentliche Grundlage des Instituts der Rechtskraft bis in die justinianische Zeit hinein deutlich erkennbar.[43]) An diesem Grundsatze vermochte weder die Veröffentlichung der Rechtsregeln, noch der Erlaß neuer Gesetze etwas zu ändern und auch die Einführung des

---

[40]) v. Bethmann Hollweg a. a. O. 1 46, 49.

[41]) Gai, Inst. 4 § 108; Keller-Wach a. a. O. S. 203; vgl. über den Ursprung dieser Regel Krüger a. a. O. S. 2 f.; v. Bülow a. a. O. S. 31 f. „Durch den Gebrauch der *actio* entsteht Verbrauch von *res* und *actio*“ (Fischer, Recht u. Rechtsschutz S. 66).

[42]) Keller will die konsumierende Wirkung der Rechtskraft auf die *intentio* beschränkt wissen (L. u. U. S. 224 f.).

[43]) Bekker a. a. O. S. 12.

Formularverfahrens hatte nur die Wirkung, daß in den vom Prätor neugeschaffenen Formeln (meist *iudicia imperio continentia*)[44]) eine solche Konsumtion der *actio*, die nur bei den ehemaligen *legis actiones* eintrat, durch eine *exceptio rei iudicatae* (bzw. *in iudicium deductae*) künstlich ersetzt wurde.[45])

Mit dieser *exceptio* aber war das Mittel geschaffen, durch das die späteren Juristen aus dem Institut ein modernes mit völlig verändertem Charakter schufen.[46])

Wohl hatte man gewiß schon in der klassischen Periode erkannt, daß Anspruch und *actio* nicht identisch waren und daß die *actio* nur die Geltendmachung des zugrunde liegenden Anspruches bedeutete. Dennoch hielt man an der konsumierenden Wirkung der Rechtskraft fest und mit Fug. Denn die römischen Juristen verkannten den praktischen Vorteil nicht, der darin lag, daß über eine Rechtsfrage nur einmal geurteilt werden durfte. Was aber dem Gerechtigkeitssinne der Juristen der späteren Periode nicht annehmbar erschien, war die streng förmliche Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die angestrengte *actio*. Denn man erkannte leicht, daß in gewissen Fällen der Kläger aus dem gleichen Anspruch heraus mehrere *actiones* sich verschaffen oder den abgewiesenen als Klaggrund in einer neuen *actio* bergen konnte, und so die Rechtskraftwirkung umging.

Auf diese Fälle und u. E. nur auf diese Fälle ward die Rechtskraft von den römischen Juristen über die formelle *actio* auf die *causa proxima actionis*[47]) ausgedehnt, und dies war möglich durch erweiterte Anwendung der *exceptio rei iudicatae*.[48])

Hieraus ersehen wir klar, welche doppelte Gestalt die Rechtskraft im späteren römischen Rechte hatte: Einmal die konsumierende Wirkung des Prozesses, die sich schon äußerte

---

[44]) Gai, Inst. 4 § 104 f.

[45]) Gai, Instit. 2 § 181; Keller, L. C. u. U. S. 82 ff; Eisele a. a. O. S. 24; Bülow a. a. O. S. 31 f.

[46]) v. Savigny, Syst. 6 271

[47]) Neratius in L. 27 Dig. 44, 2; v. Savigny, Syst. 6 456.

[48]) Ganz dem formalkonservativen Charakter der klassischen römischen Juristen entsprechend sah man von einer Umgestaltung der Rechtsformen ab und begnügte sich mit dem naheliegenden Mittel einer erweiterten Anwendung der *exceptio rei. iud.* Diese letztere kennzeichnete nun also zwei einander verschiedene Rechtswirkungen.

als Wirkung der *litis contestatio* und die formell streng beschränkt blieb auf die angestrengte *actio*. Und daneben die erweiterte Rechtskraftwirkung, bei welcher es nicht darauf ankam, daß entschieden war, sondern was entschieden war,[49]) d. h. die auf den Anspruch nicht auf die *actio* wirkte und die nach ihrer Natur nur nach dem Urteil wirksam werden konnte.[50])

Diese beiden Formen der Rechtskraft haben wir auch hier zu berücksichtigen.

Die konsumierende Wirkung der *litis contestatio* kann, da sie als Rechtskraftwirkung nur auf die angestrengte *actio* beschränkt blieb, hier nicht in Frage kommen.

Sonach bleibt nur möglich, daß das Urteil als Entscheidung des ersten Anspruches auch den zweiten ausschließen kann.

Wir müssen uns daher fragen, wann immer eine solche Wirkung möglich war.

Wir haben oben von einer Ausdehnung der Rechtskraft auf den Anspruch gesprochen, um die hier vertretene Auffassung vom Umfange der römischen Rechtskraft von vornherein festzulegen. Allein wir werden hier besser mit den Begriffen arbeiten, die uns von den römischen Juristen an die Hand gegeben werden.

Daß die frühere Wirkung der Rechtskraft in der Tat nur ausgedehnt, nicht umgewandelt worden ist, erkennen wir daran, daß wir deutlich darauf hingewiesen werden, was alles nach dem neuen gerechteren Prinzip von der Rechtskraft mitbetroffen werden sollte. Denn damit wollte man jedenfalls einer mißbräuchlichen noch weitergehenden, in ihren Folgen nicht mehr zu übersehenden Ausdehnung der Wirkung des Urteils vorgreifen.

---

[49]) v. Savigny, Syst. 6 270.

[50]) Diese letztere Wirkung pflegt man seit Keller, „Litiscontestation und Urteil", im Gegensatz zu der konsumierenden sog. negativen Wirkung als die positive Funktion der Rechtskraftwirkung zu bezeichnen. Diese Unterscheidung, die schon Bekker, „Proz. Consumtion etc.", angriff, ist mit Recht neuerdings als unglücklich bezeichnet worden, denn auch die jüngere Rechtskraftwirkung wirkt klagehindernd, also negativ. Der Streit ist neuerdings zu einer *Quaestio nominis* herabgesunken (vgl. auch Wächter a. a. O. 3 8; Brinz a. a. O. 1 328; Demelius a. a. O. S. 14f.; Leonhard a. a. O. S. 65 ff. u. a. m.).

Die strenge Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf die Personen des ersten Rechtsstreites,[51]) die noch deutlich erkennen läßt, daß wir im Grunde noch das alte Konsumtionsprinzip des Legisaktionsprozesses hier wirksam sehen, ist für uns hier nicht von Interesse, denn es ist nur eine Vorbedingung für den Eintritt einer Rechtskraftwirkung überhaupt. Dagegen finden wir als weiteres Merkmal dafür, was nicht aufs neue in einer zweiten Klage zur Aburteilung gebracht werden darf: *eadem res*[52]) oder gleichbedeutend: *eadem quaestio*[53]) angegeben.

Was damit gemeint ist, ergibt eine nähere Definition dieser Begriffe: es muß „*eadem causa petendi*“[54]) vorliegen, und es muß identisch sein „*id de quo agitur*“[55]) oder deutlicher das „*corpus actionis*“.[56])

Sind diese Vorbedingungen bei den ädilizischen Klagen gegeben?

Zunächst die *eadem causa petendi*.

Was wir hierunter zu verstehen haben, ergibt die wörtliche Uebersetzung. Beruhen die beiden ädilizischen Klagen auf dem gleichen Klaggrund?

Die Frage ist u. E. zu bejahen, vorausgesetzt, daß es sich, wie hier stets, um den konkurrierenden Anspruch, d. h. die auf den gleichen Mangel der Kaufsache gegründete *actio* handelt.[57])

Die Fassung der *formulae* der beiden Klagen allerdings scheint auf eine Verschiedenheit hinzudeuten. Die *actio redhibitoria* scheint in der Regel weiter gefaßt als die *aestimatoria*,[58]) insofern als die erstere sämtliche Mängel der Kaufsache, die *actio quanti minoris* nur einen Mangel als Klaggrund erwähnte.[59]) Doch das kann als eine Abweichung nicht an-

[51]) L. 3, L. 7 § 4, L. 22 usw. Dig. h. t. über Ausnahmefälle bei *status*klagen usw. LL. 9 § 12, 11 § 10, 4, 11 § 7, 25 § 2 Dig. h. t., L. 3 pr. Dig. XX 1 u. a. m., LL. 1 § 16, 2 Dig. XXV 3, L. 1 § 1 Dig. XLIII 30, L. 32 pr. Dig. IX 4 usw.

[52]) So schon Cicero *(de eadem re alio modo)*: LL. 5, 7 pr. 14, pr. 27 Dig. h. t.

[53]) LL. 7 § 1, 19, 22, 30 § 1 Dig. h. t.

[54]) L. 27 Dig. h. t.

[55]) L. 5 Dig. h. t.

[56]) L. 12 Dig. h. t.

[57]) So auch Bechmann 3 164.

[58]) Lenel, *Ed. perp.* S. 438 f., 440.

[59]) Bechmann a. a. O. 3 (2) 164.

gesehen werden, denn auch bei der *redhibitoria* galt jeder Mangel unzweifelhaft insoweit als besonderer Klaggrund, da auf ihn allein in gleicher Weise die Klage hätte gestützt werden können.

Die früher vielfach vertretene Ansicht, daß die Klage sich richte nach der Beschaffenheit des Mangels, derart, daß bei schwerwiegenden Fehlern nur die *actio redhibitoria*, bei geringeren nur die *actio quanti minoris* begründet worden sei, ist heute mit Recht aufgegeben.[60])

Näher dagegen liegt die Annahme, daß zur Begründung der beiden Klagen außer dem Nachweise eines Mangels der gekauften Sache noch andere Anführungen nötig gewesen, mithin Bestandteile des Klaggrundes gewesen seien. So für die *actio redhibitoria* der Nachweis, daß der Käufer in der Lage sei, die Kaufsache zurückzugeben.[61]) Allein das ist u. E. nicht zutreffend. Dieser Umstand dürfte, soweit überhaupt (durch freiwillige Veräußerung) die Wandelung ausgeschlossen war,[62]) vom Prätor von Amts wegen berücksichtigt worden sein, und würde übrigens schon darum keine Verschiedenheit zwischen den Klagen begründen, weil er dann richtiger Ansicht nach auch bei der *actio quanti minoris* die gleiche Bedeutung hatte.[63]) Daß bei letzterer Klage der Käufer etwa eine bestimmte Preisminderung hätte verlangen und noch besonders begründen müssen, ist für das römische Recht schon darum abzulehnen, weil die *actio aestimatoria* als *actio incerti* auf eine bestimmte Summe gar nicht gerichtet sein konnte, vielmehr die zurückzuerstattende Summe vom Richter abgeschätzt wurde.

Zur Begründung beider Klagen genügte demnach lediglich der Nachweis, daß ein Mangel vorhanden sei, so daß das Erfordernis der Identität des Klagegrundes allerdings vorhanden war.

Dagegen ist zum mindesten für den Regelfall zu leugnen, daß die Identität des Streitgegenstandes *(idem corpus)* bestand.

Denn die *actio redhibitoria* richtete sich auf Redhibition, d. h. völlige Erstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache, die *actio quanti minoris* auf teilweise Rückzahlung

---

[60]) Vgl. Förster-Eccius a. a. O. 1 503 Anm. 32.

[61]) So Bechmann a. a. O. 3 (2) 141.

[62]) L. 17 pr. Dig. h. t.

[63]) Bechmann a. a. O. 3 (2) 159.

unter Aufrechterhaltung des Kaufes. Hierin kann eine Uebereinstimmung nicht gefunden werden. Allein in gewissen Fällen konnte auch die *actio quanti minoris* zur Redhibition führen. In solchem Falle war allerdings der Erfolg der beiden Klagen der gleiche. Aber liegt darum schon *idem corpus* vor? Dazu gehört, daß das Klagbegehren auf diesen Erfolg gerichtet sein muß und dies hat allerdings Julian, dessen Deduktion wir erst jetzt völlig verstehen, zu konstruieren versucht, indem er anführt, in solchen Fällen sei auch die *actio quanti minoris* von vornherein auf das Ziel der Redhibition mit gerichtet *(redhibitionem continet)*, es liege also auch das gleiche Klagbegehren vor.

Allein auch für diesen Fall scheint mir eine Rechtskraftwirkung nicht möglich, denn das Ziel der Minderungsklage ist auch hier nur die Minderung. Und selbst wenn wir annehmen, was schon zweifelhaft ist,[64]) daß auf eine Redhibition in diesem Falle die gleichen Grundsätze angewandt wurden, wie bei der Rückgängigmachung des Kaufes als Folge der *actio redhibitoria*, so ist dennoch die Redhibition auf Grund der *aestimatoria* nichts anderes als eine Minderung über den Kaufpreis hinaus, die *officio iudicis*[65]) vorgenommen wird, dann wenn die Kaufsache für den Käufer einen negativen Wert hat, also auch hier nur auf Grund einer *aestimatio*, nicht wie bei der *actio redhibitoria* schon auf Grund der *condemnatio*.

So kommen wir zu der Entscheidung, daß der in oben angeführtem Fragment aufgestellte Satz, daß die Geltendmachung der einen der ädilizischen Klagen die andere ausschließe, mit der Wirkung der Rechtskraft mangels eines übereinstimmenden Klageobjektes nicht erklärt werden kann.

Bei dem hier gewonnenen Resultate haben wir uns leiten lassen von der aus der Entwickelungsgeschichte des römischen Rechtes und aus den Quellen gewonnenen Ueberzeugung, daß die Rechtskraftwirkung des römischen Rechtes beruhe auf der endgültigen Erledigung der angestrengten *actio* oder der endgültigen Entscheidung des dieser *actio* zugrunde liegenden Anspruchs.

[64]) Bechmann a. a. O. 3 (2) 162 f.
[65]) L. 43 § 3 Dig. *de aed. ed.* 21,1.

Mit dieser Ansicht befinden wir uns bewußt in einem Gegensatze zu der Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen, deren abweichende Ansicht wir schon deshalb berücksichtigen müssen, weil sie zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führen würde. Diese zuerst von v. Savigny (Syst. 6 358) aufgestellte Theorie geht wie wir von dem Satze aus, daß eine bereits entschiedene Rechtsfrage nicht in Zweifel gestellt werden könne. Allein sie faßt unter dem Begriff *res iudicata* nicht allein den Anspruch, sondern jede Rechtsfrage,[66]) die der Richter entscheiden muß, um zu einem Votum über den mit der *actio* geltend gemachten Anspruch gelangen zu können, d. i. die sog. Legitimationspunkte.[67]) Diese Ansicht beruht auf einer, wie man zugeben muß, konsequenten weiteren Ausdehnung der Rechtskraftwirkung in dem Sinne, in dem, wie wir bereits oben gezeigt haben, in der klassischen Periode des römischen Rechtes eine Erweiterung der Rechtskraftwirkung über die *actio* hinaus erfolgt ist.

Für unsere Frage müßten wir auf Grund dieser Ansicht folgern: die im Urteil über die erste Klage liegende Entscheidung über die Verpflichtung des Verkäufers, für einen Mangel einzustehn, ist in Rechtskraft übergegangen. Sie kann daher nicht durch das Anstrengen der konkurrierenden *actio* in Frage gestellt werden, d. h. dieser letzteren Klage steht, soweit es sich lediglich um die erneute Entscheidung über die Gewährpflicht des Verkäufers handelt, die *exceptio rei iudicatae* entgegen.

Dieses Resultat können wir vielleicht als das „gemeinrechtliche" bezeichnen, so verbreitet finden wir diese Theorie in der gemeinrechtlichen Literatur. Im Sinne des römischen Rechtes liegt die Entscheidung nicht, denn daß eine Ausdehnung der Rechtskraftwirkung über den geltend gemachten Anspruch hinaus nicht durchgeführt wurde und nicht durchgeführt werden konnte, so lange das römische Recht an der Konsumtion der *actio* bzw. jetzt des Anspruches in seinem wesentlichsten Teil festhielt,

[66]) Weitergehend Windscheid, Pand. § 130 Anm. 21, der auch die Würdigung der rechtserheblichen Tatsachen, in Rechtskraft übergehen läßt. Diese Ansichten sind keineswegs unbestritten. Gegner der Theorie v. Savigny's: v. Bethmann Hollweg a. a. O. 2 649 f.; Krüger a. a. O. S. 179 ff.; Unger a. a. O. 2 628 f.; Regelsberger a. a. O. Brinz a. a. O. 1 330 ff.; Lynke, Diss. S. 33 u. a. m.

[67]) v. Savigny, Syst. 6 358. „Die Elemente des Urteils werden rechtskräftig."

d. h. bis in die justinianische Zeit, hat uns die historische Entwickelung gelehrt und kann aus den Quellen nicht widerlegt werden. — Dafür bietet gerade die vorliegende Stelle ein Argument. Denn Julian, der ja hier eine Rechtskraftwirkung annimmt, hätte die schwierige Konstruktion der Identität des Streitgegenstandes nicht nötig gehabt, wenn schon die Entscheidung über die Gewährleistungspflicht als Legitimationspunkt eine Anstrengung der konkurrierenden Klage unmöglich oder wenigstens ergebnislos gemacht hätte.[68]) Wir haben daher an unserm Ergebnis festzuhalten.

§ 9.

Die Konsumtion der nichtangestrengten Klage muß sich mithin in anderer Weise erklären.

In erster Linie könnte man vielleicht schon hier an eine Wirkung des Urteils als Vollziehung der Wandelung oder Minderung denken. Allein diese Wirkung könnten wir nur dem verurteilenden Erkenntnis zugestehen und eine Verallgemeinerung dahin, daß jedes Urteil, mithin auch das abweisende, eine derartige Wirkung habe, läßt sich keinesfalls damit erklären.

So bleibt als Begründung für die obige Entscheidung nur das alternative Verhältnis der ädilizischen Klagen.[69]) Der Aedil verheißt ausdrücklich nur die eine oder die andere Klage,[70]) nicht Redhibition oder Preisminderung. Mit der *litis contestatio* über die eine Klage ist die vom Kläger durch Heischen der *actio redhibitoria* oder *aestimatoria* getroffene Wahl zwischen beiden Klagen endgültig geworden und er hat damit zugleich auf die nichtangestrengte verzichten müssen. Daß das Endgültigwerden der Wahl des Klägers hier die Vernichtung der anderen Klage herbeiführt, wird noch dadurch bestätigt, daß wir in ähnlichen Fällen einer Klagenkonkurrenz[71]) die gleiche

[68]) Vielleicht weist gerade in dieser Voraussicht v. Savigny, Syst. 6 257 so nachdrücklich darauf hin, daß die angeführte Entscheidung nicht auf der Annahme einer Rechtskraftwirkung beruhe.

[69]) So auch v. Savigny, Syst. 5 257; Hanauseck 1 163; ähnlich Bechmann (2) 164, Beith, Diss. S. 8; vgl. auch Buchka a. a. O. S. 77.

[70]) L. 38 pr. Dig. XXI. 2

[71]) Windscheid, Pand. I § 125, 3

vernichtende Wirkung der *litis contestatio* über eine der möglichen Klagen bestätigt finden.[72])

Noch bleibt allerdings die Tatsache zu erklären, daß die *exceptio rei iudicatae* gegeben ist, d. i. das Mittel, durch das im allgemeinen nur die Rechtskraft zur Wirkung gebracht wird. Daß Julian es anwendet, erklärt sich aus seiner oben widerlegten Ansicht; daß die Kompilatoren diese Stelle unverändert übernahmen, scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß sie gleichfalls hier eine Rechtskraftwirkung annahmen. Trotzdem kann die Verwendung obiger *exceptio* gegen die hier vertretene Ansicht nichts sagen, da die *exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae)* ja nichts anderes bedeutet als die Einrede, daß durch eine *litis contestatio* oder ein *iudicium* die *actio* zum Untergang gebracht worden sei.[73])

§ 10.

Das hier gewonnene Ergebnis muß indessen noch genauer umgrenzt werden.

Wir finden in L. 48 § 2 Dig. *de aed. ed.* 21 1 eine Entscheidung, die mit obigem Satz in Widerspruch zu stehen scheint.

Pomponius erklärt hier, daß auch nach Zurückweisung der *actio redhibitoria* noch die *actio quanti minoris* angestrengt werden könne, wenn die erstere Klage mit der *exceptio sex mensium*, d. h. als verjährt abgewiesen sei.[74])

Doch dieser Gegensatz, auf den bereits die *Glossa Accursii* (Anm. n.) hinweist, ist nur ein scheinbarer. Die oben dargestellte Wirkung des Urteils über die eine Klage beruht, wie wir sehen, auf dem alternativen Verhältnis der beiden Klagen, setzt mithin voraus, daß dem Kläger bei Anstrengung der ersten *actio* beide zur Wahl standen. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn die angestrengte Klage aus einem Grunde zurückgewiesen ist, der der konkurrierenden nicht entgegensteht. Hier hatte der

---

[72]) z. B. L. 112 pr. Dig. XIV 1, L. 8 pr. Cod. 36, 8; Wächter, Erörterungen S. 116.

[73]) Bechmann a. a. O. 3 (2) 166 will die Anwendung der obigen *exceptio* mit der Identität des Klagegrundes erklären, eine Ansicht, der wir uns nach dem oben Ausgeführten nicht anschließen können.

[74]) Hanauseck 1 169 hält nach römischem Recht auch in solchem Falle die *actio quanti minoris* für zurückweisbar. Die fragliche Stelle ist ihm zweifellos entgangen; vgl. auch Dernburg, Pand. § 101, 15.

Käufer nicht die Wahl zwischen zwei Klagen, sondern nur eine, die nichtangestrengte *actio*. Er kann daher nicht durch die ihm nicht zustehende Klage ein Wahlrecht ausüben und damit die andere *actio* zum Untergang bringen. Daher wird auch die Zurückweisung der *redhibitoria* aus einem anderen Grunde, der bei der *actio quanti minoris* nicht in Frage käme (z. B. ausdrückliche Vertragsbestimmung usw.), dem Käufer die Möglichkeit, aestimatorisch zu klagen, nicht nehmen.

Ueber die weitere Folgerung aus der obigen Entscheidung, die sich für Fälle ergeben muß, in denen mehrere Kaufsachen[75]) das Kaufobjekt darstellen, oder mehrere Personen auf der einen oder anderen Seite beteiligt sind, geben uns die Quellen keinerlei Auskunft. Wir werden auch hier den Grundsatz aufzustellen haben, daß durch die Ausübung der Wahl zwischen den beiden Klagen die nichtangestrengte erlischt, und dabei zu beachten haben, daß bei Mehrzahl von Personen oder Klagobjekten sich mehrere selbständige Klagenpaare ergeben können.

§ 11.

Fragen wir uns nun, ob der hier festgestellte Rechtssatz auch in der späteren Entwickelung der römischen Grundsätze im gemeinen und preußischen Rechte bestehen geblieben oder umgewandelt ist.

Die privatrechtlichen Grundsätze des gemeinen Rechtes sind hier aus derselben Quelle geschöpft wie die des römischen Rechtes. Der Digestensatz, daß durch *litis contestatio* über die *redhibitoria* die Minderungsklage untergehe, gilt also im gemeinen Rechte fort. Prozeßrechtlich wurde aber durch die Umgestaltung der *litis contestatio* eine Aenderung unvermeidlich. Die Wirkungen der *litis contestatio* überträgt man der geschichtlichen Entwickelung folgend nunmehr auf die Anhängigmachung des Prozesses, d. h. auf die Klageerhebung. Demnach wird die obige Entscheidung des Julian für das gemeine Recht ausgelegt: mit der Klageerhebung ist die Wahl des erhobenen Anspruches endgültig geworden, ein Abgehen ist daher während der Klage oder nach dem Urteile, ganz gleich, wie dasselbe ausfällt, nicht mehr zulässig.[76])

[75]) Vgl. L. 9 pr. Dig. XV, 2, L. 47, Dig. XIX, 2; im einzelnen treffend Bechmann 3 148.

[76]) RG. 30 170.

Diese Auslegung ist u. E. irrig. Sie läßt außer acht, daß das römische Recht im Gegensatz zum neueren gemeinen Rechte eine Klageänderung nach der *litis contestatio* nicht kannte, daß also diese Wirkung der Rechtshängigkeit eine Wirkung des Urteilens über den Rechtsstreit, also eine Urteilswirkung war, während in dem modernen Rechte die Klageerhebung eine wesentlich abgeschwächte Wirkung auf den Klageanspruch ausübt, eine mehr konsumierende Wirkung dagegen dem Urteile zugefallen ist. Wir würden daher für das gemeine Recht entscheiden, daß nicht schon die Klageerhebung, sondern erst das Urteil und zwar ohne Rücksicht auf seinen Inhalt die Wahl zwischen Minderung und Wandelung endgültig, einen Uebergang zum konkurrierenden Anspruch unmöglich mache.

Die Richtigkeit dieser Erwägung lehrt ein Blick auf das preußische Recht, das hier gleichfalls als Unterlage des modernen Rechtes zu beachten ist. Auch dort finden wir die Grundsätze des römischen Rechtes über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, soweit sie hier in Betracht kommen, unverändert übernommen.[77]) Hier nun ist auf prozessualer Grundlage ausdrücklich entschieden, daß nicht der Prozeßbeginn der Wahl zwischen Wandelung und Minderung ein Ziel setzt, sondern erst das rechtskräftige Urteil, sowohl das auf Wandelung, oder auf Minderung erkennende wie das abweisende und zwar nicht auf Grund der Rechtskraftwirkung, sondern weil durch dasselbe die gewählte Gewährleistungsklage nun endgültig und unabänderlich geworden ist, und weil der Käufer mit ihr seinen Gewährleistungsanspruch mit oder ohne Erfolg ausgenützt hat.[78])

---

[77]) Fischer, PrR. S. 339; Foerster-Eccius a. a. O. § 52 S. 266.
[78]) OTr. 34 73.

2. Hauptteil.

Die Beantwortung der Frage nach heutigem Rechte.

§ 12.

Das bisher gewonnene Resultat hat den Nachweis geliefert, daß für das römische Recht die hier in Frage stehende Wirkung des Urteils, der Ausschluß des konkurrierenden Anspruches und zwar auf Grund der alternativen Verbindung der beiden Ansprüche, nachweisbar ist. Damit ist die Vermutung, daß auch heute eine solche Wirkung des Urteils über einen der analogen Ansprüche aus § 462 BGB. im Sinne des Gesetzes liege, bestärkt. Doch wäre es gefährlich, hier die Grundsätze des römischen Rechtes auch nur in Vergleichung zu ziehen, ehe wir über das Wesen des Wandelungs- und Minderungsanspruches des heutigen Rechtes ein klares Bild gewonnen haben, aus dem wir ersehen können, inwieweit eine Analogie zwischen römischem und heutigem Rechte hier überhaupt noch denkbar ist.

Damit ergibt sich die Notwendigkeit, zu einer der meist umstrittenen Fragen, die das neue Gesetz offen läßt, Stellung zu nehmen, der Frage nach dem Wesen der Ansprüche aus § 462 BGB. Wohl ist eine Entscheidung dieser Controverse für die Lösung unserer Aufgabe, die ja nur auf dem Verhältnisse der Ansprüche zueinander beruht, nicht unbedingt erforderlich, denn für das Verhältnis der beiden Ansprüche zu einander ist der Standpunkt den man in dieser lediglich den Inhalt der Ansprüche betreffenden Frage einnimmt, fast ohne Einfluß. Dennoch können wir an dieser Auseinandersetzung u. E. nicht vorübergehen. Einmal geht es nicht an, die Wirkung einer Entscheidung über einen Anspruch zu prüfen, ehe man sich über die Natur des Anspruches Rechenschaft gegeben hat. Ferner aber dürfen wir auch für die Auslegung des § 465 BGB., der ja auch in unserer Frage eine Rolle spielt, aus dieser Untersuchung wichtige Aufklärung erwarten.

Um im Rahmen dieser Arbeit zu bleiben, werden wir uns auf Wiedergabe des Streites und die Festlegung der hier vertretenen Ansicht beschränken müssen, was schon darum ausreichend erscheint, weil es sich u. E. um eine „*petitio principii*" handelt.[1])

Die dem Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache zustehenden Rechte bezeichnet § 462 BGB. als das Recht „Wandelung oder Minderung zu verlangen", d. h., wie uns in § 477 BGB. ausdrücklich bestätigt wird, als Ansprüche. Da Anspruch im Sinne des BGB. das Recht ist „von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" (§ 194 BGB.), so muß das Ziel des Anspruches eine Leistung des Verkäufers sein. Worin besteht diese? Das Naturgemäße wäre, wie im römischen Recht,[2]) in der Restitution, d. h. bei der Wandelung in der Rückzahlung des Kaufpreises gegen die Rückgabe der Kaufsache, bei Minderung in der Herauszahlung des überschüssigen Kaufpreises. Die Mitwirkung des Verkäufers bei dem Akte der Wandelung und Minderung hätten wir also in der Rückgewähr der Leistung zu sehen.

Dieser natürliche Schluß steht, wie es scheint, im Widerspruche mit § 465 BGB. Dort bestimmt das Gesetz: „die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Danach scheint die Wandelung und die Minderung zu bestehen in der Uebereinkunft der Parteien, daß die Leistungen zurückgewährt werden sollen. Die Mitwirkung des Verkäufers an der Wandelung bestände somit allein in der Erteilung des in § 465 BGB. geforderten Einverständnisses und auf diese Leistung, d. h. auf die Teilnahme an dem sog. Wandelungs- oder Minderungsvertrage wäre der entsprechende Anspruch des Käufers gerichtet. Die Verpflichtung zur Rückgewähr der Leistungen entstände somit erst aus diesem Vertrage.

Soweit ist die sich aus dem Gesetze scheinbar unabweisbar ergebende Folgerung annehmbar. Unhaltbar ist sie, wenn wir den § 465 BGB. auch im Wandelungs- oder Minderungsprozesse anzuwenden versuchen.

Die Klage ist gerichtet auf dasjenige, auf was der Anspruch zielt. Die Wandelungsklage oder die Minderungsklage müßte demnach angestrengt werden auf Erteilung der gemäß

---

[1]) Ausführliche Literaturangabe bei Staudinger 2 zu § 462.

[2]) s. o. S. 11.

§ 462 BGB. erforderlichen Einverständniserklärung seitens des Verkäufers, die gemäß § 894 ZPO. durch das Urteil ersetzt wird. Damit hätte dann der Käufer die Wandelung oder Minderung erreicht, allein am Ziele ist er damit noch nicht, denn die Rückzahlung des Kaufpreises konnte er in der Klage noch nicht verlangen, da sie ihm erst auf Grund des Wandelungs- oder Minderungsvertrages zusteht. So muß der Käufer nochmals klagen und zwar nunmehr auf Erfüllung des Wandelungs- oder Minderungsvertrages, d. h. er kann nur auf Grund von zwei Klagen den Verkäufer zur Rückgewähr der Leistung zwingen.

Diese unannehmbare Folgerung hat man bald erkannt und versucht, die hier sich ergebenden Folgen einer Anwendung des § 465 BGB. auf den Prozeß mit prozessualen Mitteln abzuwenden, um die obige Theorie, die sog. Vertragstheorie, die auch in den Gesetzesmaterialien ihre Stütze findet, aufrecht erhalten zu können.[3]) Mit Recht hat man sich von anderer Seite[4]) gegen die schroffe Durchführung dieser Theorie gewandt, denn es ist nicht angängig, den Gesetzesbestimmungen eine Auslegung zu geben, die sich mit den Sätzen der Vernunft in Widerspruch setzt und deren widersinnige Folgen erst künstlich abgewendet werden müssen.

So bleibt nichts übrig, als die naheliegende Folgerung aus § 465 BGB. über das Wesen der Ansprüche aus § 462 BGB. zu verwerfen.

Die „Vollziehung" im Sinne von § 465 BGB. kann mithin nicht als das Ziel des Wandelungs- und Minderungsanspruches angesehen werden.

Jedenfalls ist sie aber ein Ziel, das mit dem Wandelungs- und Minderungsanspruch erreicht wird. Denn die auf Grund des außergerichtlichen Wandelungsbegehrens erfolgte „Vollziehung" ist stets die Erfüllung eines in dem Anspruch liegenden Begehrens. Es ist darum nicht richtig, wenn man hier konstruieren wollte, daß § 465 BGB. nur von der Vollziehung der Wahl

[3]) Kipp (Windscheid-Kipp) 2 657; Kohler, ArchZivPrax. 80 88; Kuhlenbeck a. a. O. S. 258 f.; Hellwig, A. u. K. S. 383; Flechtheim a. a. O. 43 320; Planck, BGB. 2 369 u. a. m.

[4]) Staudinger a. a. O. § 465 S. 21; Dernburg, BR. 2 (2) § 185 Anm. 2; Staub, HGB. § 377 Anm. 45 f.; Fischer-Henle (Ebert) § 465 Anm. 3; Langheinecken a. a. O. S. 216 Anm. 1, 2. u. a. m.

zwischen den beiden Ansprüchen handele.[5]) Ebenso sind wir nicht berechtigt, die Vollziehung als eine der vielen möglichen Formen der Erfüllung des Wandelungs- und Minderungsanspruches anzusprechen.[6]) Wir werden vielmehr die Vollziehung als einen Teil des Wandelungs- und Minderungsanspruches anzusehen haben. Aber was ist dann die Vollziehung im Gegensatz zur Erfüllung.

Unter Vollziehung haben wir u. E. zu verstehen die rechtliche Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises, die neben der tatsächlichen Rückgewähr der Leistungen einhergeht. Der Wandelungs- und Minderungsanspruch nämlich richtet sich u. E. auf rechtliche und tatsächliche Wandelung bzw. Minderung, d. h.

1. Aufhebung bzw. Aenderung des Kaufvertrages und
2. Rückzahlung des Kaufpreises.[7])

Der Satz „die Wandelung und Minderung ist vollzogen usw." besagt also nichts anderes, als daß der Kaufvertrag schon damit aufgehoben bzw. abgeändert ist. Daß der Wandelungs- oder Minderungsanspruch damit noch nicht vollständig erfüllt ist, geht aus dem oben Gesagten hervor. Warum man nun hier den Zeitpunkt der rechtlichen Restitution bzw. Minderung besonders festgelegt hat und für die Vornahme dieses Aktes eine besondere Vertragsform vorgeschrieben hat, erklärt sich in erster Linie daraus, daß man dem Käufer bis zu diesem Augenblicke die Wahl zwischen den beiden Ansprüchen lassen und zugleich auch dem Verkäufer das Recht geben wollte, die Ausführung der einmal vom Käufer verlangten Wandelung und Minderung zu erzwingen.[8])

So erklärt sich die Aufgabe der Vollziehung als *contrarius consensus* wie die Möglichkeit, auf Vollziehung und Rückgewähr der Leistungen zu klagen.

Ist nun damit der Akt der „Vollziehung" d. h. der rechtlichen Wandelung oder Minderung des Kaufvertrages als nach den Bestimmungen des Gesetzes notwendiges Ziel des Wandelungs- und

---

[5]) Schollmeyer a. a. O. S. 116 1; Neumann 2 462.

[6]) Langheinecken a. a. O. S. 215.

[7]) Aehnlich vornehmlich Staub, HGB. § 377 Anm. 95 ff.; Langheinecken a. a. O. S. 215, der Vollziehung und Durchführung unterscheidet.

[8]) Es erscheint uns um so verständlicher als ja auch im römischen Recht die Wirkung der *actio restitutoria* mit der einer *in integrum restitutio* verglichen wird (vgl. oben S. 11 Anm. 21).

Minderungsanspruches gegeben, so ist allerdings die in § 465 BGB. gegebene Bestimmung für die Form dieser Vollziehung als für den Prozeß nicht anwendbar anzusehen. Denn einen dem Wandelungs- (Minderungs-) Vertrage entsprechenden besonderen Parteiakt für den Prozeß fordern, heißt die Funktionen des Urteils ungebührlich beschränken. Der in § 465 BGB. für die außergerichtliche Verwirklichung des Wandelungs- und Minderungsanspruches geforderte *contrarius consensus* ist, wie uns die historische Entwickelung zeigt, nur der Ersatz für die konstitutive, d. i. rechtsändernde Wirkung des Urteils im römischen Recht, eines Faktors, der eben nur im Prozesse gegeben ist und der im Prozesse in seiner alten Wirksamkeit bestehen bleibt.

So haben wir ein klares Bild gewonnen über das Objekt unserer Untersuchung, zugleich hat sich aber die für unsere Untersuchung wichtige Folgerung ergeben, daß, wenn sich aus dem Gesetz nicht unhaltbare Konsequenzen ergeben sollen, mit Vollziehung im Sinne des § 465 BGB., jedenfalls soweit die Form der Vollziehung in Betracht kommt, nur die außergerichtliche Geltendmachung der Ansprüche getroffen ist. Wir werden daher auch soweit die Wirkung der Vollziehung in § 465 BGB. geregelt ist, nur die Wirkung der außergerichtlichen Vollziehung geregelt sehen können. Ob wir im Wandelungs- oder Minderungsprozesse die entsprechende Wirkung dem Urteil zuzubilligen haben, wird sich unten erweisen. Wir haben zunächst zu prüfen, ob das Urteil nicht kraft der ihm *ipso iure* innewohnenden Rechtswirkungen, der Rechtskraft bzw. der hier möglichen konstitutiven Wirkung den in Frage stehenden Erfolg herbeiführt.

§ 13.

Fragen wir zunächst, ob das Urteil über einen der beiden Ansprüche aus § 462 BGB. durch seine Rechtskraft den andern auszuschließen vermag.

Die Annahme liegt nahe, wenn wir allein das Wesen der Rechtskraft des modernen Rechtes ins Auge fassen.

Die Rechtskraft kann heute nicht, wie im römischen Recht, aufgefaßt werden als ein Rechtsinstitut, das aus dem Wesen unserer Rechtsordnung entsprungen ist und mit dessen Folgen wir uns, so gut es geht, abfinden müssen, man hat dieses Institut

vielmehr bewußt aufgenommen. Es ist deshalb u. E. nicht richtig, bei der Erklärung dieses Rechtsinstitutes zurückzugreifen auf die Theorieen, mit denen sich die neueren römischen Juristen die strenge Rechtskraft ihres Aktionensystems, die dem Rechtsgefühle jener fortgeschrittenen Zeit nicht mehr entsprach, gleichsam vor sich selbst zu rechtfertigen suchten.[9]) Wir dürfen deshalb weder von einer rechtschaffenden noch von einer rechtvernichtenden Wirkung der Rechtskraft reden.[10]) Vielmehr haben wir den Grund für die Uebernahme dieses Institutes in rein praktischen Erwägungen zu suchen[11]) und das ist u. E. in dem Vorteile der Rechtskraftwirkung, daß der Prozeßgegenstand endgiltig erledigt ist,[12]) so daß nicht der Unterlegene die gleiche Angelegenheit von neuem anhängig machen kann, und wiederholte und, was noch wichtiger ist, entgegengesetzte Entscheidungen gleichgeordneter Gerichte vermieden werden. Nicht weil ein Anspruch zur Entscheidung gekommen ist, darf er ein zweites Mal nicht vor Gericht gebracht werden, sondern damit nicht über ein und denselben Gegenstand mehrmals geurteilt zu werden braucht, wird die erste Entscheidung rechtskräftig, d. h. unabänderlich.

Aus diesem Gesichtspunkte heraus wäre eine Rechtskraftwirkung zwischen den beiden Ansprüchen des § 462 BGB. wohl denkbar. Denn die Rechtsfrage, ob eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers bestehe, ist im ersten Prozeß entschieden und wird bei Erhebung der anderen Klage aufs neue aufgerollt.

Allein die Wirkung der Rechtskraft ist im Gesetze genau und wir müssen sagen eng umgrenzt.

„Mit Rücksicht auf den Willen der Parteien und mit Rücksicht auf das Richteramt“[13]) hat man in § 322 I ZPO. bestimmt:

> „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.“

---

[9]) Z. B. v. Savigny, Syst. 6 261 f., „Fiktion der Wahrheit“.

[10]) Insbes. Pagenstecher a. a. O.; vgl. Schmidt S. 183.

[11]) So insbes. Planck, ZP. 1 257 ff.; Freudenstein, Rkr. S. 2; Fischer, RuRSch. S. 135 f., Vollstr. S. 61; PrR. S. 30; vgl. Gaupp-Stein a. a. O. 1 § 322 II; Hellwig, Lehrb. 2 39, 163; ähnlich Stein a. a. O. S. 6.

[12]) Foerster-Engelmann a. a. O. § 322, 3 usw.

[13]) Mat. 2 291.

Danach wäre eine Rechtskraftwirkung zwischen den Ansprüchen aus § 462 BGB. nur denkbar, wenn die Ansprüche identisch sind.[14])

Wohl ist der Klaggrund bei den konkurrierenden Klagen der gleiche. Beide Ansprüche stützen sich allein darauf, daß ein Mangel vorhanden sei, den der Verkäufer zu vertreten habe. Es ist u. E. nicht richtig, bei der Wandelungsklage noch den Nachweis zu fordern, daß die Kaufsache zurückgegeben werden könne,[15]) wie es z. B. nach preußischem Recht[16]) ausdrücklich vorgeschrieben war. Denn die Wandelung ist auch bei dem Untergang der Kaufsache grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Ebensowenig gehört u. E. zum Klaggrund der Minderungsklage der Beweis, daß der geforderte Betrag dem Minderungswerte entspreche, denn das ist eine rein tatsächliche und nicht rechtlich zu prüfende Behauptung des Käufers. Daß wir in dieser Weise zwischen Grund und Betrag zu unterscheiden haben, geht aus § 304 ZPO. deutlich hervor.[17])

Allein die Identität des Klagegrundes bedingt noch nicht Identität der Ansprüche. Freilich, daß wir zwei verschiedene Ziele der Ansprüche erkennen, vermag dagegen noch nichts zu sagen. Es wäre u. E. nicht ausgeschlossen, daß das Gesetz hier den einen Anspruch als Wahlschuldverhältnis mit Gläubigerwahl[18]) konstruiere, und darauf scheint allerdings auch die Bezeichnung „der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung“ in § 477 BGB. hinzudeuten. Doch daß hier in der Tat zwei Ansprüche gegeben sind, lehren uns die für jeden der Ansprüche getroffenen Sonderbestimmungen, insbesondere die Scheidung der Ansprüche in § 474 BGB. Daß der Wortlaut des Gesetzes in § 477 BGB. lediglich auf zufälliger Fassung beruht, bei der auch das Bestreben, die beiden Ansprüche gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz zusammenzufassen, mitgewirkt haben mag, geht deutlich aus § 638 BGB.

---

[14]) So die herrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung; vgl. Fitting a. a. O. S. 356; Bunsen a. a. O. S. 439; a. A. Engelmann in Foerster-Engelmann zu § 322 3.

[15]) RG. 6 303; JW. 1900 842; Fischer, Preuß. Privatrecht S. 340; Motive zum Entwurf eines BGB. S. 228.

[16]) Allg. Landrecht 1 5 §§ 327, 328; Foerster-Eccius a. a. O. § 85 4 506.

[17]) Wach a. a. O. S. 294; vgl. aber RG. in JW. 01 398, 11.

[18]) § 262 f. BGB.; so Cosack a. a. O. I. Aufl. § 127 2 1.

hervor, wo von „Ansprüchen auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz“ gesprochen wird. So können wir in den dem Käufer aus § 462 BGB. zustehenden Berechtigungen einen einzelnen Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht finden.[19])

Diese Erörterung erübrigt sich indessen insofern, als Anspruch im Sinne des § 322 ZPO., wie überhaupt im Sinne der Zivilprozeßordnung h. A. durch das Klagebegehren gekennzeichnet wird.[20]) Hier ist aber jedenfalls bei den Klagen auf Wandelung und auf Minderung eine Uebereinstimmung ausgeschlossen.

Durch die Rechtskraft wird somit die Anstellung der Wandelungsklage, nachdem über die Minderung geurteilt ist, oder umgekehrt, nicht ausgeschlossen.[21])

§ 14.

Dagegen wird in gewissen Fällen dieser Ausschluß herbeigeführt durch die, wie oben erwähnt, in dem Urteile enthaltene Vollziehung der Wandelung oder Minderung, d. h. Aufhebung oder Abänderung des Kaufvertrages.

Die Wirkungen, die hier in Betracht kommen, ergeben sich durch die Vollziehung als rechtsänderndes Moment.

Durch den Fortfall des Kaufvertrages, der im Wandelungsurteile, wie oben erwähnt, konstitutiv enthalten sein kann, wird einer späteren Minderung (auch wegen eines anderen Mangels) die Grundlage entzogen. Denn nunmehr ist weder eine Kaufsache noch ein Kaufpreis vorhanden.

Eine entsprechende Wirkung des Minderungsurteiles scheint nicht möglich, indessen finden wir, daß auch hier ein gewisser Einfluß besteht. Denn wenn auch das Objekt einer Minderung, der Kaufvertrag, bestehen bleibt, so wird es doch durch die Herabsetzung des Preises verändert.

---

[19]) Eccius a. a. O. S. 316; Langheinecken a. a. O. S. 245; Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 603.

[20]) Hellwig, Anspr. und Klagrecht S. 156; Mayer S. 11 ff., 41.

[21]) Skonietzki-Gelpcke a. a. O. § 322, 3; Kohler, Lehrbuch 2 239; RG. in JW. 98 388; RG. in JW. 03 1248. (Für den Fall, daß wir mit der h. A. annehmen, daß für die Beurteilung der Identität der Ansprüche soweit eine Rechtskraftwirkung in Frage steht dieselben Grundsätze wie für die Klagänderung gelten. Mat. S. 542.)

Doch hier ist der Ausschluß des einen Anspruches durch Urteil über den andern, soweit er überhaupt erfolgt, ein ganz zufälliger, d. h. mit der Konkurrenz der Ansprüche nicht verbundener. Als Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung kann er schon deshalb nicht bezeichnet werden, weil nur das verurteilende Erkenntnis, das mehr zufällig die Rechtsänderung unmittelbar herbeiführt, nicht aber die abweisende Entscheidung den Ausschluß des nicht geltend gemachten Anspruches herbeiführt, zudem die Wirkung des Minderungsurteiles um vieles abgeschwächter ist.

Die Bestimmung des § 465 BGB., der an die Tatsache der Vollziehung des einen Anspruches den Untergang des nicht geltend gemachten knüpft, kann, wie oben gezeigt, der Fassung nach die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche nicht regeln, mithin auch nicht als für die „prozessuale Vollziehung" der Ansprüche bestimmte Vorschrift betrachtet werden.

§ 15.

So finden wir in der Tat hier eine Lücke des Gesetzes darin, daß wir eine dem § 465 BGB. entsprechende, für den Prozeß berechnete, d. h. das Urteil berücksichtigende Gesetzesbestimmung nicht finden. Hier muß Rat geschaffen werden.

Wir werden zunächst versuchen, die Vorschrift des § 465 BGB. auf die klagweise Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches auszudehnen, wie es bisher ausnahmslos geschehen ist.

§ 465 BGB. lautet:

„Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Damit ist nicht allein die Form für die außergerichtliche Wandelung und Minderung bestimmt, sondern, da ja der Käufer nur den einen der konkurrierenden Ansprüche verwirklichen kann, zugleich bestimmt, daß der Käufer erst durch den in § 465 BGB. gekennzeichneten Akt auf den einen vollzogenen Anspruch beschränkt ist.

Man pflegt dies mitunter auszudrücken: der Käufer verliert durch den Vollzug des einen der ädilizischen Ansprüche sein Wahlrecht. Das ist m. E. nicht richtig und irreführend.

Daß zwei Ansprüche zur Wahl gestellt sind, bedeutet, daß, solange sich nicht der Wähler erklärt hat, beide Ansprüche als möglicherweise entstanden gelten. Mit der Ausübung der Wahl gilt der gewählte als der von Anfang an allein gegebene, der nicht gewählte als nie entstanden. Die Wahl aber ist eine Willenshandlung des Wahlberechtigten. Daher geht von zwei alternativ gegebenen Ansprüchen der eine unter, schon wenn der Wahlberechtigte den anderen geltend macht, denn damit erklärt er, diesen zu wählen, und nicht erst, wenn der Verpflichtete ihn erfüllt, denn darauf hat der Wahlberechtigte keinen Einfluß.

Somit wäre mit der Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruches, d. i. der Aufforderung zur Wandelung oder Minderung, im Prozesse mit der Klageerhebung die Wahl ausgeübt, der nicht geltend gemachte Anspruch daher untergegangen.

Soll der Wahlberechtigte seine Wahl nachträglich ändern können, so ist das nur denkbar auf Grund eines besonderen Rechtes, an die Stelle des einen Anspruches einen andern zu setzen, des sog. *ius variandi*.[22])

Ein solches *ius variandi* ist auch dem Käufer bezüglich der Ansprüche aus § 462 BGB. eingeräumt und zwar eben auf Grund von § 465 BGB., denn indem das Gesetz hier den Käufer nach der Vollziehung an den einen Anspruch endgültig binden will, setzt es voraus, daß er noch bis dahin von seiner Wahl abgehen darf, oder besser an die Stelle des Anspruches, für den er sich entschieden hatte, den durch die Ausübung des Wahlrechtes untergegangenen setzen darf. Dies *ius variandi* also wird durch § 465 BGB. zugleich geschaffen und zeitlich dahin beschränkt, daß mit der Vollziehung eines Anspruches, der nicht vollzogene endgültig verloren ist.

Das heißt also, im obigen Sinne angewandt einmal:

Auch im Prozesse gilt das *ius variandi*, und ferner, da im Prozesse nur das verurteilende Erkenntnis die Vollziehung des klagweise geltend gemachten Anspruches enthält: nur das verurteilende Erkenntnis schließt das *ius variandi* aus.[23])

Entspricht diese Entscheidung dem Gesetze?

---

[22]) Vgl. Planck, BGB. S. 373; Staudinger a. a. O. § 465 III; Matthiass a. a. O. S. 499; Schollmeyer a. a. O. S. 16.

[23]) So bisher übereinstimmend Literatur und Judikatur: Thiele a. a. O. S. 415 ff.; Langheinecken a. a. O. S. 255 f.; Planck, BürgR. S. 375; wohl auch Matthiass S. 500; ferner RG. in JW. 07 706 u. a. m.

U. E. nein! Der Wortlaut des Gesetzes steht ihr freilich nicht entgegen, die Entstehungsgeschichte[24]) der obigen Bestimmungen spricht sogar für sie. Trotzdem wäre diese Auslegung nicht sinngemäß.

Nach der h. A. bestände nach dem abweisenden Urteile, das das *ius variandi* nicht vernichtet, für den Kläger noch die Möglichkeit, den nicht geltend gemachten Anspruch in neuer Klage vorzubringen.

Das liegt u. E. nicht im Sinne des Gesetzes. In § 477 BGB. wird ausdrücklich betont, daß hier nur ein Anspruch

---

[24]) Die Entstehungsgeschichte obiger Gesetzesbestimmung ist eine recht verwickelte.

Der erste Entwurf sah eine wesentlich einfachere und praktischere Regelung der Konkurrenz zwischen Wandelung und Minderung vor. Er faßte die Ansprüche als Rechte (ähnlich dem Rücktrittsrecht) auf (§ 383) und ließ dem Käufer zwischen den Ansprüchen die Wahl. Danach war mit der Ausübung des Wahlrechtes, für welche keinerlei Form vorgeschrieben war, die Wahl vollzogen, der nicht geltend gemachte Anspruch untergegangen (vgl. Motive S. 227).

Diese recht praktische Lösung fiel als Opfer theoretischer Bedenken. Man bemerkte, daß die Konstruktion der ädilizischen Klagen als Rechte mit einer Verjährung, die schon im ersten Entwurf für sie vorgesehen war, nicht in Einklang zu bringen sei. Der erste Entwurf hatte deshalb bereits in § 387 im Gegensatz zu seiner sonstigen Terminologie von Ansprüchen auf Wandelung und Minderung gesprochen. So wurden im zweiten Entwurfe unter engerer Anlehnung an das römische Recht die Wandelung und Minderung als Ansprüche konstruiert. Aus dem Wahlrecht ward ein *ius variandi*, das auch nach der Wahl des Anspruches durch den Käufer fortdauerte und dem man als Ziel für die außergerichtliche Geltendmachung die sog. Vollziehung, für den Prozeß das rechtskräftige auf Wandelung oder Minderung erkennende Urteil setzte. Man bestimmte demgemäß in § 402 Abs. 1: „die Wandelung oder Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit der vom Käufer verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt oder rechtskräftig dazu verurteilt ist", und Abs. 3: „Bis zur Vollziehung der Wandelung und Minderung kann der Käufer die getroffene Wahl ändern oder beim Vertrage bestehen bleiben". Es bestand danach also eine ausdrückliche Vorschrift für die Konkurrenz der Ansprüche im Prozeß.

Doch ohne ersichtlichen Grund ließ die Redaktionskommission den Passus: „oder rechtskräftig dazu verurteilt ist" fort, vielleicht weil sie diese Bestimmung als selbstverständlich, also als überflüssig ansah. So erhielt die Gesetzesbestimmung die jetzt in § 465 BGB. bestehende Form.

Aus dieser Entstehungsgeschichte können wir mithin wohl entnehmen, daß man vielleicht beabsichtigte, der Vollziehung in ihrer konsumierenden Wirkung die Verurteilung gleich zu setzen, geschehen ist es aber nicht, und heute können wir das Gesetz nur nach dem Sinne und Zwecke seiner Bestimmungen, nicht aber nach der Absicht seiner Schöpfer auslegen.

vorliege. Daß dies nicht wörtlich zu nehmen ist, haben wir oben (§ 13) erwiesen. Hier aber können wir daraus folgern, daß der Käufer jedenfalls nicht besser gestellt sein soll, als wenn ihm nur ein Rechtsbehelf zur Verfügung stände.

Auch mit dem abweisenden Urteile ist durch die Rechtskraftwirkung der eingeklagte Anspruch so gut wie vernichtet. Denn er kann dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern gegenüber nicht mehr anders entschieden werden. Der Käufer hat also, dadurch daß er eine zweite Klage mit wenig modifiziertem Ziele auf Grund der Gewährleistungspflicht des Verkäufers anstrengen kann, hier zwei selbständige Rechtsbehelfe zu seiner Verfügung.

Wohl ließe sich für die herrschende Ansicht geltend machen, die Natur der beiden Ansprüche sei eine ganz verschiedene, sie dienten ganz verschiedenen Zwecken: Hier die Rückgängigmachung des ganzen Vertrages, die dem Käufer aufs neue freie Hand gibt, ja ihm ermöglicht, einen Kauf überhaupt zu unterlassen. Dort die Minderungsklage, ähnlich der *condictio indebiti*, die lediglich auf die Abwehr unrechtmäßiger Vermögensbeschädigung des Käufers abzielt.

Diesem Einwande kann nicht stattgegeben werden, wenn man, wie wir, die Konkurrenz der Gewährleistungsansprüche in ihrer geschichtlichen Entwickelung zurückverfolgt.

Beide Ansprüche dienen dem gleichen Zweck, der „Gewährleistung der Rechtlichkeit des Kaufvertrages", und auch ihr Ziel ist nur die Befreiung des Käufers aus den vom Verkäufer *dolos* oder *quasi dolos* herbeigeführten Vertragsbestimmungen, sei es eben durch völlige Lösung oder bloße Abänderung des Kaufvertrages.

Eine Ausdehnung des § 465 BGB. auf den Prozeß in der oben geschilderten Weise ist demnach nicht im Sinne des Gesetzes.[25])

Aber können wir von einer Anwendung der Bestimmung des § 465 BGB. für den Prozeß völlig absehen? Auch das nicht. Wir müßten dann das *ius variandi*, das ja in § 465 BGB. gegeben

[25]) Die von Dernburg, PrPrR. 1 380 vertretene Ansicht, daß der Käufer zwar nicht nach der Wahl der Minderung auf die Wandelung zurückgreifen kann, wohl aber nach gewählter Wandelung auf Minderung, entbehrt einmal der gesetzlichen Grundlage, entspricht aber auch dem Wesen der Klagen nicht. Die beiden Ansprüche stehen nicht im Verhältnisse eines plus (Wandelung) zum minus (Minderung) sondern sind völlig gleich zu bewerten.

wird, im Prozeß entbehren. Es wäre dann dem Kläger nach der Ausübung des Wahlrechtes, d. h. nach der Anstellung der Klage nicht möglich, auf den anderen Anspruch zurückzukommen. Da eine Vereinigung beider Ansprüche in einer Klage wegen ihres ausschließenden Verhältnisses undenkbar ist,[26]) so wäre damit der Kläger bei der prozessualen Geltendmachung der Ansprüche wesentlich schlechter gestellt als bei der außergerichtlichen, was zweifellos nicht im Sinne des Gesetzes gedacht werden kann.

So bleibt uns nur die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 465 BGB., d. h. wir müssen das *ius variandi* auch für den Prozeß gelten lassen und haben nur als zeitliche Grenze der Ausübung dieses Rechtes an die Stelle der „Vollziehung" etwas anderes zu setzen, und zwar eben: das rechtskräftige Urteil.

Einmal schon auf Grund bloßer Analogie. Im Prozesse übt die rechtskräftige Entscheidung als solche die Wirkung aus, die die Vollziehung nach sich zieht, d. h. sie führt die endgültige Erledigung des geltend gemachten Anspruches herbei, sei es bei dem verurteilenden Erkenntnis durch die in ihr liegende Vollziehung, sei es bei der abweisenden durch die in der Rechtskraftwirkung fortdauernde Negation des geltend gemachten Anspruches.

Auch das Rechtsgefühl spricht für die obige Ansicht.[27]) Man kann sehr wohl konstruieren, daß der Käufer, der es in einem der beiden Ansprüche zum Urteil kommen läßt, damit auf den anderen verzichtet. Denn für den Fall, daß er obsiegt (und diesen Fall wird er in der Regel im Auge haben) wird der nicht geltend gemachte Anspruch durch die darauf folgende Erfüllung ausgeschlossen, und so muß er sich denn gefallen lassen, daß er auch, wenn er unterliegt, nicht mehr variieren darf.

Aber nicht die Analogie allein kann hierfür ausschlaggebend sein. Wir finden auch eine gesetzliche Unterlage für diese Wirkung des Urteils. Allerdings nicht ausdrücklich in den Bestimmungen unseres Gesetzes, vielmehr in den römisch-rechtlichen Grundsätzen über die Konkurrenz der entsprechenden Klagen, auf deren Analogie das Gesetz stillschweigend verweist, indem es nach dem Muster des römischen Rechtes analoge im gleichen

[26]) So mit Recht Dernburg, BürgR. § 185 Anm. 15; gegenüber Cosack I. Aufl. § 127 II 1.

[27]) Wie ich durch verschiedene Anfragen feststellte, steht auch die Praxis der Kaufmannschaft überwiegend auf dem hier vertretenen Standpunkt.

Verhältnisse stehende Ansprüche konstruiert und für die Wechselwirkung der prozessualen Geltendmachung dieser Ansprüche nur unzureichende Bestimmungen erläßt.

Das römische Recht läßt, wie wir gesehen haben, durch den Akt, der die *actio* in das Entscheidungsstadium *(iudicium)* bringt, d. i. die Litiscontestation, die Wahl endgültig werden und die nicht angestrengte *actio* untergehen. Wir müssen, da die Klageerhebung nach den heute geltenden Grundsätzen über Klageänderung nicht mehr eine endgültige Festlegung des Anspruches bedeutet, dem Urteile als entsprechendem prozessualen Akte die gleiche Wirkung, d. h. die Vernichtung des Variationsrechts zubilligen.

Fragen wir uns noch, ob die analoge Anwendung römischrechtlicher Normen hier zulässig ist, d. h. ob die obige Wirkung der *litis contestatio* nicht zusammenhängt mit dem heutigen Rechte fremden Grundsätzen oder Rechtsinstituten.

Die Konkurrenz der Ansprüche bzw. Klagen ist in den beiden Rechtssystemen die gleiche mit dem einzigen hier völlig unerheblichen Unterschiede, daß die Verjährungszeit der Ansprüche im heutigen Recht im Gegensatz zum römischen die gleiche ist. Man kann also nur auf den Unterschied der Wirkung von *litis contestatio* und Rechtskraft hinweisen, daß im römischen Recht durch die Litiskontestation die angestrengte *actio* vernichtet wurde, während heute das den einen Anspruch abweisende Urteil nur eine entgegengesetzte Entscheidung verhindert.[28])

Doch auch das ist kein Unterschied. Denn ob überhaupt eine neue Entscheidung nicht möglich oder nur eine andere Entscheidung unmöglich ist, bedeutet lediglich einen formalen Unterschied. Die Wirkung der Rechtskraft ist auch heute noch wie im römischen Rechte die endgültige Festlegung des Streitgegenstandes. Daß das Wahlrecht des römischen Rechtes und das *ius variandi* analog sind, ist nicht zu bestreiten. Ein Unterschied kann auch nicht darin erblickt werden, daß der Kläger die *litis contestatio* unmittelbar herbeiführte, sich also durch sie zuerst für die eine *actio* entschied, das Urteil aber erst eine weitere Folge der Klageerhebung, d. i. der eigentlichen Wahlhandlung sei, denn auch die *litis contestatio* war erst eine Folge der Klageheischung, bei der bereits die eine der beiden *actiones aediliciae* gewählt wurde.

---

[28]) Gaupp-Stein I § 322 II.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß nach der Analogie des § 465 BGB. im Prozeß an das Urteil dieselbe Folge zu knüpfen ist wie bei außergerichtlicher Geltendmachung an die Vollziehung, d. i. das Urteil über Wandelung oder Minderung führt den Untergang des auf die gleichen Mängel gestützten nicht geltend gemachten Anspruches herbei.[29])

§ 16.

Betrachten wir nunmehr die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage durch das Berufungsgericht[30]) und das RG.[31]) Beide weichen von der hier gefundenen Lösung der Frage ab, das Oberlandesgericht in der Begründung, das Reichsgericht im Ergebnis. Um so notwendiger muß es erscheinen, die Ausführungen der Gerichte der hier dargelegten Theorie gegenüberzustellen.

Die Berufungsinstanz wirft die Frage auf, ob der Anspruch auf Minderung durch die Abweisung der auf die gleichen Mängel gestützten Wandelungsklage ausgeschlossen sei. Diese Frage wird bejaht und die Entscheidung in folgender Weise begründet: Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung seien im Grunde nur zwei verschiedene Formen des einen Gewährleistungsanspruches. Die in der Vorentscheidung liegende Feststellung, daß die behaupteten Gewährsmängel nicht beständen, sei obwohl im Wandelungsprozesse erfolgt auch für die Minderungsklage als andere Form des gleichen Anspruches wirksam, dies entspreche dem Zweck der Rechtskraft sowie vernünftiger Prozeßpolitik und stehe auch mit den Grenzen der Rechtskraft nicht in Widerspruch.

Wir sehen hier, das Oberlandesgericht will die Ausschließung des Wandelungsanspruches durch die Rechtskraftwirkung erklären und versucht, die beiden Ansprüche als identisch und darum der Wirkung der Rechtskraft unterliegend darzustellen. Daß

[29]) Aehnlich für die Wandelungsklage Kohler a. a. O. 2 (1) 239, der mit Recht den Zeitpunkt, zu dem die Wandelung unabänderlich wird, mit dem Untergange des *ius variandi* gleichsetzen will, ohne die Konsequenz auf den Untergang des konkurrierenden Minderungsanspruches zu ziehen.

[30]) OLG. Breslau 3 U. 358/09.

[31]) Die Kenntnis der hier mitgeteilten Entscheidung verdanke ich der Liebenswürdigkeit des Herrn Oberlandesgerichtsrat Lorenz in Breslau, dem ich auch an dieser Stelle für sein Interesse und die bereitwillige Förderung dieser Arbeit meinen besten Dank sage.

sich diese Konstruktion gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes nicht halten läßt, ist wohl auch dem erkennenden Gerichte nicht verborgen geblieben.

Dieser Begründung hat sich denn auch das Reichsgericht mit Recht nicht angeschlossen. In der Entscheidung des V. Senats vom 12. April 1911 finden wir folgendes ausgeführt:

„Ein lediglich in den Entscheidungsgründen enthaltener Ausspruch dahin, daß es an den behaupteten Gewährsmängeln fehle, ist einer selbständigen Rechtskraft nicht fähig; denn, wenn auch die Urteilsformel im Zweifel aus den Entscheidungsgründen erläutert werden darf, so geht doch nach § 322 ZPO. nur die in der Urteilsformel selbst enthaltene Entscheidung über den Klage- oder Widerklageanspruch in Rechtskraft über. Ein Ausspruch jenes Inhalts in den Entscheidungsgründen ist daher für die Frage nach dem Umfange der Rechtskraft der im Tenor getroffenen Entscheidung ohne Bedeutung. Im übrigen ist es aber rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht meinte, bei dem Verlangen des Käufers nach Wandelung und bei demjenigen nach Kaufpreisminderung handele es sich um ein und denselben Anspruch im Sinne des § 322 cit, so daß eine Entscheidung, die das Verlangen des Käufers nach Wandelung als sachlich unbegründet abweise, auch gegenüber dem Verlangen nach Kaufpreisminderung Rechtskraft schaffe. Dem Käufer steht, wenn die gekaufte Sache mit einem Fehler der in § 459 I BGB. beschriebenen Art behaftet ist, oder wenn ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, nicht etwa ein einziger Anspruch zu, der alternativ auf Wandelung oder Minderung gerichtet wäre; wäre der dem Käufer zustehende Anspruch ein solcher alternativer Anspruch (mit Wahlrecht des Gläubigers), so würde schon mit der durch die Klageerhebung getroffenen Wahl nach § 263 BGB. ein *ius variandi* des Käufers, d. h. ein Uebergang von der einen der beiden Forderungen zu der anderen, ausgeschlossen sein. Demgegenüber ergibt indessen der § 465 BGB., daß der Käufer unter allen Umständen bis zum Vollzuge der Wandelung, d. h. bis zur Einverständniserklärung oder rechtskräftigen Verurteilung des Verkäufers zur Wandelung, an die von ihm etwa vorher erklärte Wandelung oder Minderung nicht gebunden ist, vielmehr von der einen zur anderen übergehen kann (cf. JW. 05 492). Die Rechtsbehelfe, die der § 462 BGB. dem Käufer gewährt, erscheinen — wenn-

gleich mit Rücksicht darauf, daß die Verwirklichung des einen dem anderen widerspricht, nur einer von ihnen verwirklicht werden kann — als zwei verschiedene, völlig selbständige Ansprüche. Zwar haben sie beide ihre Grundlagen in der Gewährleistungspflicht des Verkäufers, völlig verschieden sind sie aber in Inhalt und Richtung: im einen Falle will der Berechtigte den Kaufvertrag wieder rückgängig gemacht, dessen praktische Folgen beseitigt und auf beiden Seiten den Zustand wieder herbeigeführt wissen, wie er ohne Abschluß des Kaufvertrages bestanden haben würde, während im anderen Falle der ganze durch den Vertrag und dessen Vollziehung geschaffene Zustand bestehen bleiben soll mit alleiniger Ausnahme davon, daß der Kaufpreis herabgesetzt wird. Handelt es sich aber um zwei verschiedene selbständige Ansprüche, so kann aus der rechtskräftigen Abweisung des einen von ihnen eine Einrede gegen die Geltendmachung des andern nicht hergeleitet werden (cf. RG. 66 335).

Dies hat das Berufungsgericht verkannt.“ —

In der Ablehnung der Begründung des Oberlandesgerichts deckt sich die Entscheidung des RG. mit unseren Ausführungen, dagegen fehlt ihr die genügende Berücksichtigung der Eigenart der Ansprüche aus § 465 BGB., aus der heraus die von dem Oberlandesgericht der Rechtskraft beigelegte Wirkung, wie oben erwiesen, sich ergibt. Haben auch die Ansprüche einen verschiedenen Inhalt und führen einen verschiedenen Erfolg herbei, so stehen sie doch, wie gezeigt, in einem derartigen alternativen Verhältnisse, daß die Aburteilung des einen den andern Anspruch untergehen läßt, ebenso wie es nach römischem Rechte und nach der preußischen Prozeßpraxis der Fall war.

Abschluß der Erörterung.

§ 17.

Noch bleibt es nötig, unser Ergebnis genauer zu umgrenzen.

I. Da die Wirkung des Urteils auf der alternativen Konkurrenz der Ansprüche, d. h. dem Ausschlusse des *ius variandi* beruht, kann sie, wie im römischen Recht, nur dort eintreten, wo

ein *ius variandi* bestand, d. h. der Kläger wirklich zwei Ansprüche zur Verfügung hatte. Es wird mithin eine rechtskräftige Entscheidung über den einen Anspruch dann den anderen nicht ausschließen, wenn sie den ersten zurückgewiesen hat aus Gründen, die dem zweiten nicht entgegenstehen.[32])

II. Daß sich aus obigem Resultate Schwierigkeiten ergeben könnten für den Fall, daß mehrere Kaufsachen vorhanden sind oder mehrere Personen auf der einen oder anderen Seite beteiligt sind, ist nicht zuzugeben. In ersterem Falle sind soviel Paare von konkurrierenden Ansprüchen vorhanden, als gemäß §§ 469, 472 BGB. einzelne Gegenstände Objekt der Wandelung oder Minderung sein können. Bei Mehrheit der Beteiligten schließt das Urteil über die von einem oder gegen einen der Beteiligten angestrengte Minderungsklage den Wandelungsanspruch aller bzw. gegen alle aus und umgekehrt.[33]) Der Bürge, der hier noch in Betracht käme, kann r. A. weder das Recht zu wandeln noch das Recht zu mindern für sich geltend machen, und zwar auch nicht gemäß § 478 BGB. einredeweise.[34]) Hier einen Unterschied zwischen Wandelungs- und Minderungseinrede zu machen (RG. in JW. 07 709), beruht auf einer Verkennung der Natur der Ansprüche, die, wie ihre historische Entwickelung zeigt, ihrer rechtlichen Natur nach völlig gleich zu bewerten sind.

III. Die Frage, ob das gleiche auch für die gemäß § 180 BGB. in der Einrede geltend gemachten Wandelungs- und Minderungsansprüche gilt, ist verneinend zu beantworten.[35]) Das Urteil, das die Wandelungs- oder Minderungseinrede zurückweist, ist nicht als ein Urteil über den in der Einrede geltend gemachten Anspruch anzusehen, zumal es ihm bezüglich des in der Einrede geltend gemachten Anspruches an der Rechtskraft gebricht. Das auf Grund dieser Einrede die Kaufpreisklage ganz oder teilweise abweisende Urteil führt allerdings den Untergang des *ius variandi* herbei, aber nur, weil es die „Vollziehung" der in der Einrede geltend gemachten Wandelung oder Minderung nach sich zieht.

---

[32]) Vgl. oben § 10.

[33]) Vgl. Ebert bei Fischer-Henle § 474.

[34]) So treffend Friedenthal, JW. 08 132 f.; a. A. Langheineken a. a. O. S. 241 f.

[35]) Vgl. Planck a. a. O. S. 375; Eccius a. a. O. S. 330 f.; Langheinecken a. a. O. S. 237; Endemann a. a. O. 1 996.

§ 18.

Sonach ergibt sich als Resultat für das heutige Recht, ganz analog dem römischen Recht:

Die rechtskräftige Entscheidung über den Wandelungsanspruch oder über den Minderungsanspruch, und zwar nicht nur die verurteilende sondern auch die klagabweisende, bringt das Variationsrecht des Käufers zum Untergange, schließt somit die spätere Geltendmachung des konkurrierenden Gewährleistungsanspruches aus.

Lebenslauf.

Am 17. Oktober 1889 wurde ich, Felix Albert Radlauer, in Breslau geboren als Sohn des Kaufmanns Jakob Radlauer und seiner Ehefrau Elise geb. Horwitz. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Michaelis 1895 trat ich in das Johannesgymnasium zu Breslau ein, das ich Michaelis 1907 mit dem Zeugnisse der Reife verließ. Ich studierte darauf bis einschließlich W.-S. 1910/11 in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Während der ersten 5 Semester meines Studiums war ich zugleich in einem Breslauer Bankinstitut praktisch tätig.

Am 22. Juni 1911 bestand ich die erste juristische Prüfung. Ich wurde am 1. Juli 1911 zum Referendar ernannt und zur Ausbildung dem Königlichen Amtsgericht in Landeshut überwiesen, bei dem ich z. Zt. tätig bin. Das Rigorosum bestand ich am 11. Juli 1912.

Vom 1. Oktober 1911 bis 30. September 1912 genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger beim 22. Kgl. Bayer. Inf.-Rgt. in Zweibrücken.